

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
FACULTAD DE COMUNICACIÓN LINGÜÍSTICA Y LITERATURA
ESCUELA MULTILINGÜE DE NEGOCIOS Y RELACIONES INTERNACIONALES**

**DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO LICENCIADA
MULTLINGÜE EN NEGOCIOS Y RELACIONES INTERNACIONALES**

**EL ESTADO ECUATORIANO Y LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS
EN TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN**

DAYRA IRINA PUERTAS RUIZ

**SEPTIEMBRE , 2014
QUITO – ECUADOR**

ÍNDICE

RESUMEN	I
ABSTRACT	II
RESUMÉ	III
1. TEMA	1
2. INTRODUCCIÓN	1
 CAPITULO I	
EL TRATAMIENTO DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA EN EL ECUADOR	6
1.1. La inversión extranjera directa	6
1.1.1. Definición	
1.1.2. Tendencia en el Ecuador	9
1.1.3. Sectores con mayor IED	16
1.2. Regulación de la inversión extranjera directa en la legislación ecuatoriana	18
1.2.1. Constitución	19
1.2.2. Código orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones	20
1.2.3. Plan del Buen Vivir	23
1.3. Perspectivas de la inversión en el país	26
1.3.1. Incentivos a la inversión	27
1.3.2. Planes y programas de promoción de inversiones	29
1.3.3. Garantías	31
 CAPITULO II	
TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN	34
2.1. Tratados Bilaterales de Inversión	34
2.1.1. Definición	34
2.1.2. Proceso de negociación, firma y ratificación	37
2.1.3. TBIs suscritos por el Ecuador	39
2.2. Mecanismos de solución de controversias establecidos en los TBIs	41
2.2.1. Cláusula de arbitraje internacional	41
2.2.2. Laudos y decisiones arbitrales amparados en los TBIs	46
2.2.3. Estado de los procesos arbitrales en contra del Ecuador	50
2.3. Expulsión del ordenamiento jurídico de los TBIs fuera del Ecuador	54
2.3.1. Proceso de denuncia	54
2.3.2. Tratados denunciados por el Ecuador	56
2.3.3. Procedimiento del legislativo posterior a la denuncia de los TBIs	57
2.3.4. Periodo de carencia de los TBIs	58
2.3.5. Situación actual de los TBIs en el Ecuador	58

CAPITULO III	
LAS ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS SURGIDAS ENTRE EL ESTADO Y LOS INVERSIONISTAS EXTRANJEROS	62
3.1. La legislación y el régimen de solución de controversias en el Ecuador	62
3.1.1. Análisis constitucional	62
3.1.2. Análisis legal	66
3.1.3. Comisión integral Ciudadana para la Auditoría de los Tratados de protección Recíproca de inversiones y del sistema de arbitraje internacional (CAITISA)	68
3.2. Mecanismos de solución de controversias utilizados por el gobierno ecuatoriano en materia de inversiones	70
3.2.1. Métodos de solución de controversias utilizados luego de la denuncia de los TBIs.	70
3.2.2. Análisis de casos	75
3.2.3. Resultados	77
3.3. Propuesta propia de alternativa de solución de controversias en materia de inversiones	82
3.3.1. A nivel nacional	82
3.3.2. A nivel regional	86
3.3.3. A nivel internacional	89
4. ANÁLISIS	93
5. CONCLUSIONES	98
6. RECOMENDACIONES	101
BIBLIOGRAFÍA.	102

INDICE DE GRÁFICOS Y TABLAS

GRÁFICO 1	9
Inversión Extranjera Directa como proporción del PIB América Latina y el Caribe.	
GRÁFICO 2	10
Flujos de IED a nivel mundial durante el periodo 2007-2012 en billones de dólares.	
GRÁFICO 3	11
Flujos de IED por regiones periodo 2007-2012	
GRÁFICO 4	11
Porcentaje de flujos de IED: economías desarrolladas vs economías en desarrollo	
GRÁFICO 5	13
Inversión Extranjera Directa en el Ecuador periodo 2007-2012	
GRÁFICO 6	14
Países de origen de IED en Ecuador periodo 2011 – 2012	
GRÁFICO 7	21
Modelo económico propuesto en el Plan Nacional del Buen Vivir	
GRÁFICO 8	72
Procedimiento a seguir en caso de una controversia	
GRÁFICO 9	82
Procesos arbitrales terminados favorables para el Ecuador	
TABLA 1	17
Flujos de IED por sectores de la economía años 2011-2012	
TABLA 2	40
Tratados Bilaterales de Inversión firmados por el Ecuador a marzo 2014.	
TABLA 3	50
Procesos arbitrales en contra del Ecuador en el CIADI a marzo 2014.	

TABLA 4	51
Procesos arbitrales activos en contra del Ecuador según la Procuraduría General del Estado a marzo 2014	
 TABLA 5	 60
Situación actual de los TBIs firmados por el Ecuador a marzo 2014	
 TABLA 6	 76
Procesos de arbitraje internacional terminados a marzo 2014	
 TABLA 7	 79
Resultados de los procesos de arbitraje internacional terminados a marzo 2014	
 TABLA 8	 81
Resultados de los procesos arbitrales terminados	

RESUMEN

Esta investigación busca analizar los mecanismos de resolución de conflictos utilizados por el Estado ecuatoriano luego de la denuncia de los Tratados Bilaterales de Inversión y proponer alternativas eficientes, eficaces y oportunas que sean atractivas para los inversionistas y se enmarquen dentro de las normas constitucionales y legales del país. Para ello, se analizó en primer momento el tratamiento de la inversión extranjera directa en el país y el comportamiento que esta ha tenido, luego los Tratados Bilaterales de Inversión y su denuncia. Se realizó el análisis a través de la revisión de fuentes primarias como la Constitución, el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, el Plan Nacional del Buen Vivir, libros, entrevistas y periódicos. El análisis realizado nos llevó a proponer alternativas que concilien el interés de los inversionistas y su necesidad de mecanismos adecuados para la solución de controversias, y los del Estado de cumplir con las disposiciones constitucionales y legales actuales. Entre las principales propuestas de solución de conflictos proponemos la incorporación de los Dispute Boards en los Contratos de Inversión como una alternativa que ofrece al Estado y a los inversionistas un mecanismo adecuado de solución de conflictos que deja la confrontación como último recurso al que se pueda acudir.

Palabras clave: Inversión Extranjera Directa, Tratados Bilaterales de Inversión, arbitraje internacional, mecanismos de solución de controversias, Dispute Board.

ABSTRACT

This research aims to analyze the mechanisms of conflict resolution used by the Ecuadorian government after the withdrawal of the Bilateral Investment Treaties, and propose efficient, effective and timely alternatives that can be attractive to investors and are framed within the constitutional and legal standards of the country. For this, first was analyzed the treatment of foreign direct investment in the country and its behavior, then the Bilateral Investment Treaties and their complaint. The analysis was conducted through the review of primary sources such as the Constitution, the Organic Law on the Production, Trade and Investment, the National Plan for Good Living, books, and newspaper interviews. The analysis led us to propose alternatives to reconcile the interest of investors and their need for adequate mechanisms for dispute resolution, and the State to comply with the existing constitutional and legal provisions. Our main proposal is the incorporation of Dispute Boards in Investment Contracts as an alternative that offers to the state and investors an adequate dispute resolution mechanisms which leaves confrontation as a last resource.

Key words: Foreign Direct Investment, Bilateral Investment Treaties, international arbitration, mechanisms of conflict resolution, Dispute Board.

RÉSUMÉ

Cette recherche vise à analyser les mécanismes de résolution des conflits utilisées par le gouvernement équatorien après le retrait du traité bilatéral d'investissement et à proposer des alternatives efficaces et rapides qui sont attrayantes pour les investisseurs et sont formulées selon les normes constitutionnelles et juridiques du pays. Pour cela, nous avons analysé en premier lieu le traitement de l'investissement étranger direct dans le pays et son comportement. En deuxième lieu, les traités bilatéraux d'investissement et leur suppression. L'analyse a été menée par l'examen de sources primaires telles que la Constitution, la loi organique sur la production, du commerce et de l'investissement, le Plan national pour le Bien -Vivre, des livres, des interviews et des journaux. L'analyse nous a conduit à proposer des alternatives pour concilier l'intérêt des investisseurs et leur besoin de mécanismes appropriés de règlement des différends, et celui l'État de respecter les dispositions constitutionnelles et légales en vigueur. Notre principal proposition pour la résolution des conflits est l'intégration de Dispute Boards dans les contrats d'investissement comme une alternative pour propose à l'Etat et aux investisseurs un mécanisme adéquat de règlement des différends pour que la confrontation ne soit qu'un dernier recours.

Mots clés: Investissement Étranger Direct, Traités Bilatéraux d'Investissement, arbitrage international, les mécanismes de résolution des conflits, Dispute Board.

1. TEMA

EL ESTADO ECUATORIANO Y LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN.

2. INTRODUCCIÓN

El mecanismo utilizado por los inversionistas extranjeros para resolver sus controversias con el Estado ecuatoriano ha sido el arbitraje ante organismos internacionales, tales como el CIADI, la Corte de la Haya, la Cámara de Comercio Internacional bajo reglas UNCITRAL. El Ecuador ha cuestionado esta forma de resolver los conflictos con los inversionistas y ha denunciado los Tratados Bilaterales de Inversión que establecían esta forma de resolución de controversias con ellos. Amparado en la nueva constitución de 2008, el Ecuador tiene como objetivo final la creación de un nuevo organismo latinoamericano de solución de controversias con los inversionistas extranjeros. Sin embargo hasta junio del 2014 no se ha definido este nuevo organismo.

Dentro de este contexto la pregunta es ¿cuáles son las alternativas que tiene en este momento el Ecuador para resolver sus problemas con los inversionistas extranjeros? Para determinar estas alternativas es importante clarificar cuál es el tratamiento jurídico de la inversión extranjera en el país y cuál era el tratamiento de solución de conflictos que establecían los Tratados Bilaterales de Inversión que el gobierno ha denunciado. Por la importancia que tiene la inversión extranjera para el país, resulta de vital importancia que el Ecuador cuente con un sistema eficaz y justo para resolver los conflictos con los inversionistas extranjeros y que permita atraer capitales para el desarrollo del país.

Desde la aprobación de la nueva Constitución, el marco jurídico del país ha experimentado varios cambios sustantivos, dentro de los cuales se encuentra la puesta en marcha de un Plan Nacional para el Buen Vivir y la aprobación del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversión. Estos nuevos instrumentos han tenido repercusiones en diferentes ámbitos de la economía del país y uno de esos es el de la inversión extranjera.

El objetivo de la investigación es analizar las alternativas que tiene el Estado ecuatoriano frente a la solución de controversias en el marco de los Tratados Bilaterales de promoción y protección de Inversiones. Los Tratados Bilaterales de Inversión aparecen alrededor de los años 60 y son los instrumentos internacionales creados por los Estados para brindar seguridad a los inversionistas extranjeros. Son los instrumentos que dan paso a la creación del régimen de arbitraje internacional de inversiones, mecanismo utilizado por los inversionistas para resolver las controversias con los Estados, y con el cual no está de acuerdo el gobierno ecuatoriano.

El interés por esta investigación nace del deseo de conocer la situación de los inversionistas extranjeros una vez realizada la denuncia de los TBIs, principalmente, la cláusula referente al arbitraje internacional. De ahí nace la hipótesis de esta investigación la cual plantea que la denuncia realizada por el estado ecuatoriano de varios Tratados Bilaterales de promoción y protección de Inversiones, respondería a los intereses del gobierno de crear un nuevo régimen de solución de controversias con los inversionistas extranjeros, que se justificarían en el Plan Nacional del Buen Vivir, la nueva Constitución y Ley de Inversión.

Una de las propuestas del país es la creación de un centro latinoamericano de arbitraje en el seno de la UNASUR. Pero no se sabe bajo qué lineamientos, normas y procesos de decisión trabajará. Además se está trabajando la renegociación de los TBIs y la creación de Convenios de Inversión para el Desarrollo, y Contratos de Inversión, todos bajo el mismo régimen de arbitraje internacional criticado por el gobierno, pero con la especificación de ir a instancias establecidas dentro de la región.

Esta investigación analiza de qué manera la legislación ecuatoriana está regulando la inversión extranjera directa, los mecanismos que establecían los TBIs para solucionar los conflictos entre los inversionistas y los Estados, y cuáles son las alternativas que tiene el país para resolver estos conflictos, ahora que se han denunciado los TBIs y el régimen de arbitraje internacional está siendo cuestionado. Es así que la investigación tiene un carácter exploratorio,

pues representa uno de los primeros acercamientos a las alternativas que posee el Ecuador para la solución de controversias en casos de tratados bilaterales de inversión.

Los objetivos específicos que se plantearon para la investigación fueron: analizar la manera en que la legislación ecuatoriana regula la inversión extranjera directa en el país, examinar los diferentes mecanismos de solución de controversias establecidos en Tratados Bilaterales de promoción y protección de Inversiones denunciados por el gobierno y evaluar las alternativas que tiene el Estado ecuatoriano para resolver los conflictos de inversiones fuera del sistema internacional a través de la revisión de casos. Para cumplir con los objetivos establecidos se realizó el análisis de la investigación a través de la revisión de fuentes primarias como la Constitución, el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, el Plan Nacional del Buen Vivir, libros, entrevistas y periódicos. Así mismo se utilizaron boletines financieros e informes de instituciones públicas, privadas y no gubernamentales con el fin de tener una idea clara de la situación de la inversión extranjera en el país dentro del marco de los Tratados Bilaterales de Inversión y dentro del nuevo marco constitucional y legal.

Es así que la investigación se encuentra dividida en tres capítulos. El primer capítulo está dedicado al tratamiento de la IED en el Ecuador, es decir se analizará la normativa vigente al momento que regula la IED, la tendencia que ha tenido la misma en el país y las garantías y propuestas por el gobierno para atraer a los inversionistas.

El segundo capítulo busca examinar los diferentes mecanismos de solución de controversias establecidos en Tratados Bilaterales de promoción y protección de Inversiones. Dentro del capítulo se encuentra los Tratados Bilaterales de Inversión, su creación, composición, e implementación. Además se analiza los mecanismos de solución de controversias establecidos en los TBIs, es decir la cláusula de arbitraje internacional y finalmente la expulsión del ordenamiento jurídico de los TBIs fuera del Ecuador.

Finalmente, el tercer capítulo está relacionado con las alternativas de solución de controversias surgidas entre el Estado ecuatoriano y los inversionistas extranjeros. Dentro del capítulo se analiza la parte legal de la denuncia de los TBIs y los casos en los que el Estado ecuatoriano ha estado envuelto en arbitrajes internacionales. Con los resultados encontrados se realiza una propuesta de un mecanismo alternativo para la solución de controversias entre el Estado ecuatoriano y los inversionistas extranjeros que podría ser implementada en la legislación nacional.

La teoría con la que se realizó el análisis de la investigación es la teoría de los regímenes internacionales la cual permitirá explicar el proceso de interdependencia entre diversos actores internacionales que si bien en un principio se diferenciaban entre sí mismos, ahora buscan intereses y objetivos comunes que permita lograrlos, de manera que al lograrse esta cooperación se disminuya la posibilidad de generar conflictos entre los Estados permitiendo establecer un orden internacional que brinde mayores ventajas.

Existen dos académicos que trabajaron esta teoría en profundidad. El primero fue Keohane, el cual se refiere a los regímenes internacionales como mecanismos facilitadores de acuerdos en política mundial, particularmente entre Estados a través de reglas, normas, principios y procedimientos que ayudan a los actores a superar las barreras de acuerdos identificadas por las teorías económicas de fracaso del mercado. De acuerdo a Keohane los regímenes permiten a los actores realizar sus intereses colectivos de forma más rápida. Otro académico que trabajó sobre esta teoría fue Krasner, el cual postula que la conformación de un régimen internacional posee gran variedad de variables dentro de las cuales las más importantes son el egoísmo, el poder político, normas y principios, hábitos y costumbres, y finalmente el conocimiento.

La teoría de los regímenes internacionales permitirá ahondar en el análisis de la aparición del régimen de arbitraje internacional de inversiones, las normas, reglas y procedimientos que rigen el comportamiento de los Estados en el área de la inversión extranjera directa. Además los intereses de los Estados para su creación, las razones que han ocasionado que este régimen sea criticado

por la comunidad internacional y principalmente por el Ecuador, y las alternativas y propuestas del Estado hacia la creación de un Centro de Arbitraje de Inversiones latinoamericano.

La investigación mostró que el Ecuador y la Comunidad Internacional necesitan de nuevas alternativas de solución de conflictos que sean más rápidas y efectivas y que continúen brindando a los inversionistas las garantías y seguridades que poseen con el actual régimen de arbitraje de inversiones. En el caso específico del Ecuador por las nuevas disposiciones constitucionales es imperante la implementación de un nuevo mecanismo de solución de conflictos que no sea arbitraje internacional. Por esta razón la propuesta de implementar los Dispute Boards en los Contratos de Inversión es una alternativa viable que permitirá brindar seguridad al inversionista bajo los preceptos constitucionales actuales.

Para la carrera de LEAI es fundamental participar activamente en el análisis y creación de nuevas alternativas para la solución de conflictos por cuanto como futuros negociadores nuestro poder de negociación y de actuación frente a los inversionistas extranjeros estará basado en estas alternativas y en sus reglas de juego.

CAPITULO I

EL TRATAMIENTO DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA EN EL ECUADOR

1.1 La inversión extranjera directa

La Inversión Extranjera Directa está relacionada con la colocación de capitales en economías extranjeras. Es un ingreso importante para las economías pues tiene injerencia en el desarrollo y crecimiento económico de los países. En el caso del Ecuador estos capitales son colocados principalmente en lo que es explotación de minas y canteras, y la industria manufacturera. En los últimos cinco años el Ecuador ha experimentado una disminución de estos ingresos. A continuación se analizará la tendencia de la IED en el país y los principales sectores de la economía a los que estos capitales han sido dirigidos.

1.1.1 Definición

El término inversión se utiliza en la economía para referirse a la acción de ubicar capital en proyectos, empresas o acciones, que con el paso del tiempo genere ganancias.

Desde un punto de vista empresarial, la inversión consiste en desembolsar recursos financieros en la adquisición de activos como instrumentos de producción; los cuales permitan a la empresa en el futuro ofrecer bienes o servicios al mercado (SCHNEIDER, 1956).

Desde un punto de vista financiero son *“los recursos que se colocan en títulos, valores, y demás documentos financieros, a cargo de otros entes, con el objeto de aumentar los excedentes disponibles por medio de la percepción de rendimientos, intereses, dividendos, variaciones de mercado, u otros conceptos.”* (SCHNEIDER, 1956).

Existen diferentes tipos de inversión que responden a los diferentes criterios de clasificación que se utilizan. Para este trabajo nos centraremos en la Inversión Extranjera Directa (IED) también conocida en inglés como Foreign

Direct Investment (FDI), cuya característica se relaciona con la colocación de capitales en países extranjeros.

La inversión extranjera directa (IED) es una inversión transfronteriza que realiza una persona natural o jurídica del exterior en un determinado país con la intención de poder tener injerencia directa de largo plazo en el desarrollo de una empresa. Esta inversión de capital se la puede realizar mediante la participación en otras empresas ya establecidas o por medio del establecimiento de una filial de la empresa inversora. El objetivo es establecer una relación estratégica de largo plazo con la empresa o país en el que se realizó la inversión para garantizar un nivel de influencia por parte del inversor en la gestión de la empresa de inversión directa (OCDE, 2008).

Según el Banco Mundial, la IED no es más que la entrada neta de inversiones a un país para obtener un control de gestión duradero, por lo general busca controlar 10% más de las acciones que confieren derecho de voto, de una empresa que funciona en un país que no es el del inversionista (RAMÍREZ & FLOREZ, 2006). Es la suma del capital accionario, la reinversión de ganancias, otras formas de capital a largo plazo y a corto plazo.

Para el Fondo Monetario Internacional *“La IED, se da cuando un inversionista residente («inversionista directo»), tiene como objetivo obtener una participación duradera en una empresa residente en otra economía o país («empresa de inversión directa.»)”* (FMI, 1994).

La Inversión Extranjera Directa se agrupa bajo tres objetivos básicos: a) la participación del inversionista o la transnacional en nuevos mercados, b) el aumento de la producción a través de la reducción de costos, y c) la explotación de ciertos activos estratégicos (FIERRO CARRIÓN , 2013).

De acuerdo a la División de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD), la IED refleja el interés de largo plazo que tiene una entidad residente en una economía (inversor), en una entidad residente en otra economía (inversión directa). Al ser este interés de largo plazo abarca todas las

transacciones entre los inversores y la inversión directa, no sólo en lo referente a la transacción inicial, sino también a las transacciones subsecuentes entre las dos entidades y el resto de empresas afiliadas (RAMÍREZ & FLOREZ, 2006).

Para la Organización Mundial del Comercio, la IED ocurre cuando un inversor establecido en un país adquiere un activo en otro país con el objetivo de administrarlo. El poder de manejo del activo es lo que distingue a la IED de la inversión de portafolio, la cual se realiza a través del mercado de valores, es decir, mediante la compra de acciones, bonos y otros instrumentos financieros. En la mayoría de los casos el activo adquirido es administrado desde el extranjero como firma del mismo negocio. Cuando este es el caso, se conoce al inversor como casa matriz y al activo como afiliada o subsidiaria (RAMÍREZ & FLOREZ, 2006).

En el Ecuador, encontramos que la Decisión del Acuerdo de Cartagena 291, denominada Régimen Común de Tratamiento De Capitales define a la IED de la siguiente manera:

Los aportes provenientes del exterior de propiedad de personas naturales o jurídicas extranjeras al capital de una empresa, en moneda libremente convertible o en bienes físicos o tangibles, tales como plantas industriales, maquinarias nuevas y reacondicionadas, equipos nuevos y reacondicionados, repuestos, partes y piezas, materias primas y productos intermedios.

Igualmente, se considerarán como inversión extranjera directa las inversiones en moneda nacional provenientes de recursos con derecho a ser remitidos al exterior y las reinversiones que se efectúen de conformidad con el presente Régimen.

Los Países Miembros, de conformidad con sus respectivas legislaciones nacionales, podrán considerar como aporte de capital, las contribuciones tecnológicas intangibles, tales como marcas, modelos industriales, asistencia técnica y conocimientos técnicos patentados o no patentados que puedan presentarse bajo la forma de bienes físicos, documentos técnicos e instrucciones. (art.1) (p.2)

Finalmente, el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, aprobado en 2010, en concordancia con la nueva Constitución de 2008 busca regular el régimen de inversión extranjera directa para lo cual parte de la siguiente definición: “La inversión que es de propiedad o que se encuentra controlada por personas naturales o jurídicas extranjeras domiciliadas en el extranjero, o que implique capital que no se hubiere generado en el Ecuador” (art.13) (p.10)

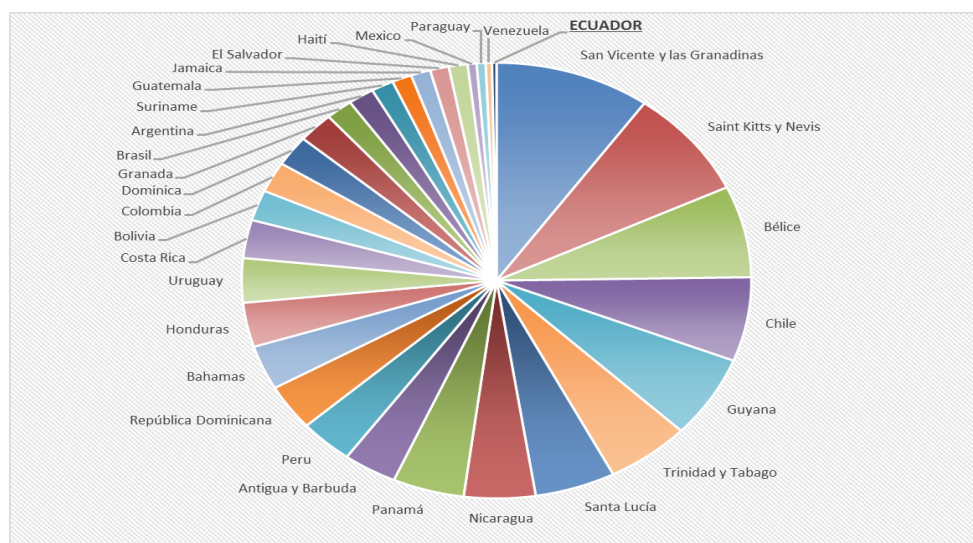
Esta definición está presente en todas las regulaciones que el gobierno nacional elabora sobre inversión extranjera y a la que le asigna el rol de complementación directa a la inversión pública y de personas naturales o jurídicas nacionales, en los sectores estratégicos de la economía, que requieran inversión y financiamiento, para alcanzar los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo (ASAMBLEA NACIONAL, 2010). Por lo tanto, la Inversión extranjera tiene un nuevo régimen en el que la búsqueda de réditos económicos por parte de los inversionistas deberá ajustarse a los Planes del Gobierno Nacional.

1.1.2 Tendencia en el Ecuador

Es paradójico que mientras la inversión extranjera creció durante el último quinquenio en Latinoamérica, en Ecuador decreció. La inversión extranjera que ha captado Ecuador en este último gobierno (2007-2013) resulta marginal si se la compara con la recibida por el resto de países de Latinoamérica. Incluso Haití ha recibido más inversión que Ecuador en el año 2012, tomando en cuenta el porcentaje invertido con relación al PIB de los países.

GRÁFICO 1

INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA COMO PROPORCIÓN DEL PIB AMERICA LATINA Y EL CARIBE

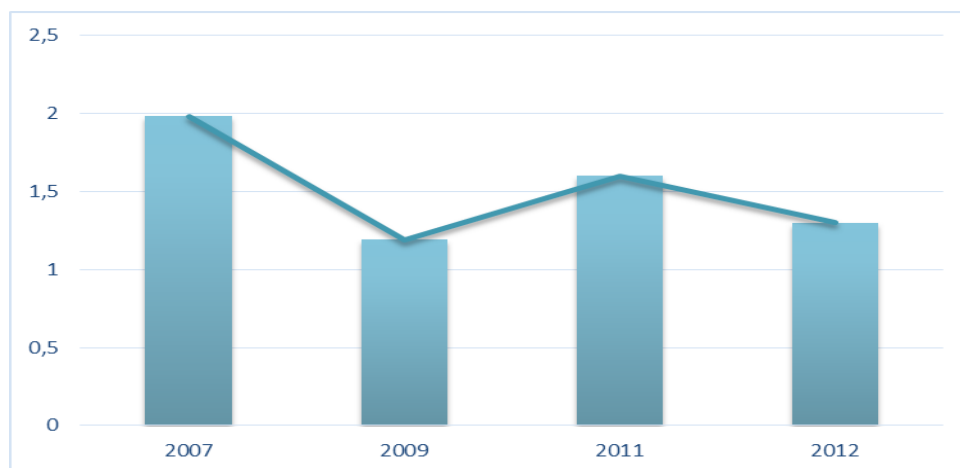


Fuente: CEPAL
Elaborado por: Dayra Puertas

Como se puede observar en el siguiente gráfico, a nivel mundial la tendencia de la Inversión Extranjera Directa ha sido a la baja. En el 2007 los montos de IED llegaron a US\$1,98 billones mientras que para el año 2009, con la crisis financiera mundial, estos montos descendieron a US\$1,19 billones. El 2011 presentó una pequeña recuperación con 1,6 billones en los flujos de IED a nivel mundial, pero en el año 2012 se presentó una caída del 18%, disminuyendo los flujos mundiales a \$1,3 billones (UNCTAD, 2013).

GRÁFICO 2

FLUJOS DE IED A NIVEL MUNDIAL DURANTE EL PERIODO 2007-2012 EN BILLONES DE DÓLARES.



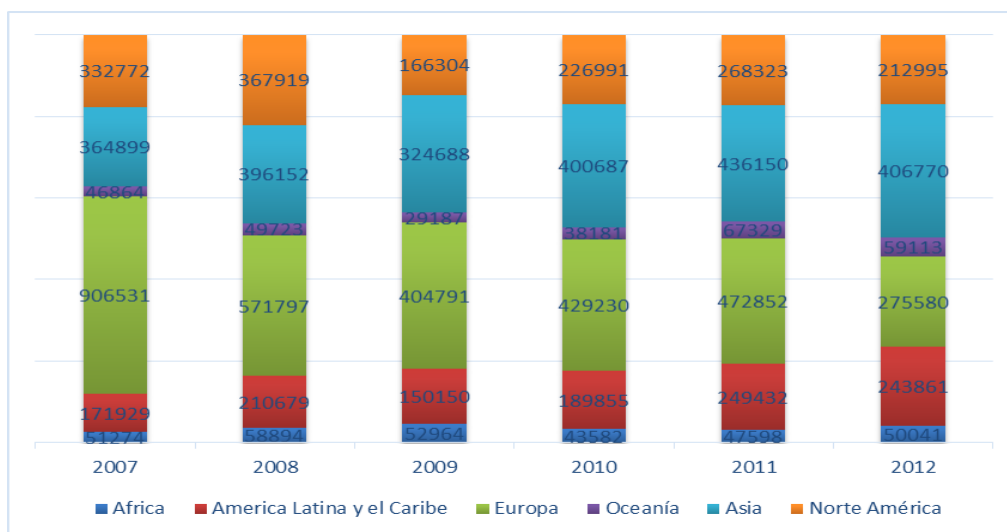
Fuente: World Investment Report 2013

Elaborado por: Dayra Puertas

En cuanto a regiones, Estados Unidos y la Unión Europea fueron los que más cayeron en aproximadamente 35% y 34% respectivamente. En general los flujos de las economías desarrolladas cayeron en un 32%, pasando de US\$ 0,8 billones en 2011 a US\$ 0,55 billones en 2012. Sin embargo, sólo en dos regiones del mundo se incrementaron los flujos de IED entre los años 2010 - 2012, en América Latina y el Caribe (6,7%), y África (5,5%) (UNCTAD, 2013).

GRÁFICO 3

FLUJOS DE IED POR REGIONES PERIODO 2007-2012 EN MILLONES DE DÓLARES.



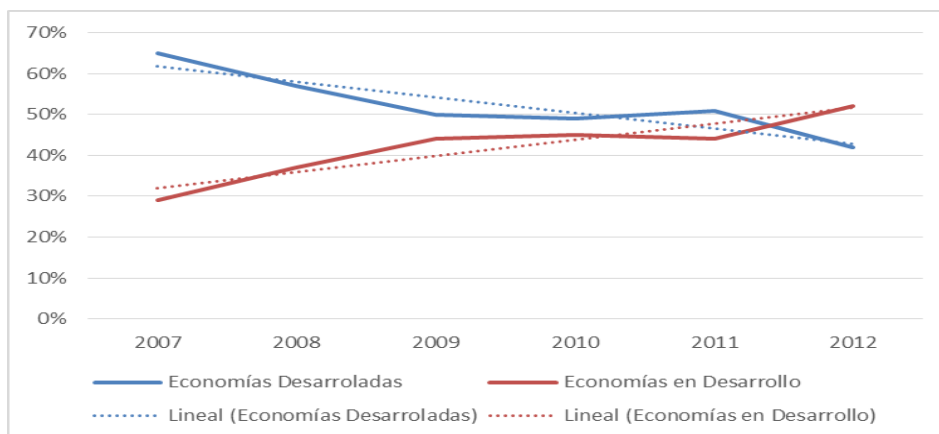
Fuente: World Investment Report 2013

Elaborado por: Dayra Puertas

Históricamente las economías desarrolladas han recibido la mayor parte de la IED. Por primera vez, en 2012, esta lógica cambia y son las economías en desarrollo (52%) las que captaron más inversión que las economías desarrolladas (42%), como se puede observar en el siguiente gráfico (UNCTAD, 2013).

GRÁFICO 4

PORCENTAJE DE FLUJOS DE IED: ECONOMÍAS DESARROLLADAS VS ECONOMÍAS EN DESARROLLO



Fuente: World Investment Report 2013

Elaborado por: Dayra Puertas

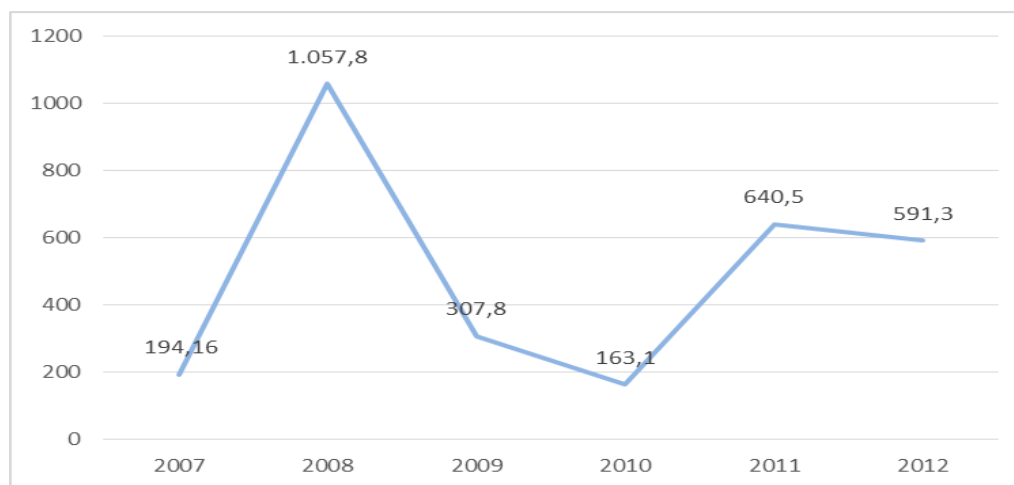
Algunas de las razones que se tienen para este incremento en los flujos de IED son: la política de expansión monetaria y tasas de interés bajas que los países desarrollados han implementado a partir de la crisis financiera del 2009. Además el incremento en los precios de las materias primas, han hecho de la región un lugar rentable para invertir, sobre todo en los sectores relacionados con recursos naturales (CÁMARA DE COMERCIO DE GUAYAQUIL, 2013).

Del total de IED que llegó a la región de América Latina y el Caribe en 2012, a Sudamérica llegó el 83% (US\$143.831 millones), lo que significó un aumento del 11,37% en relación al 2011. Brasil es el principal destino de IED en la región, recibiendo en los últimos seis años 48% (US\$251.445 millones) de la IED total; el segundo país es Chile con un 18,8% (US\$97.032 millones) en el mismo periodo de tiempo. Además se debe resaltar el importante aumento de 32,2% de Chile en relación al año 2011, obteniendo US\$30.323 millones por concepto de IED (CÁMARA DE COMERCIO DE GUAYAQUIL, 2013).

A pesar del notable crecimiento en los flujos de inversión extranjera directa en América del Sur, este crecimiento no se evidencia en el Ecuador. Por el contrario la IED en el país ha tenido una tendencia a la baja. En los últimos seis años el país ha recibido un total de US\$2.532, lo que significa un 0.5% del total recibido por América del Sur, ubicándonos como uno de los países que menos inversión capta en América Latina y el Caribe. De igual forma si se analiza los ingresos de IED en 2012 en relación al tamaño de la economía, el Ecuador también se ubica como el país que menos capta (0,51%) (CÁMARA DE COMERCIO DE GUAYAQUIL, 2013). De US\$ 194 millones de dólares en 2007, la IED repuntó a US\$ 1.058 millones en 2008. Sin embargo en 2009 bajó a US\$ 307 millones y continuó con esa misma tendencia un año después al sumar US\$ 163 millones; mientras que en 2011, cerró con aproximadamente US\$ 640 millones y en 2012 descendió a US\$ 591 millones (BCE, 2013).

GRÁFICO 5

INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA EN EL ECUADOR PERIODO 2007-2012



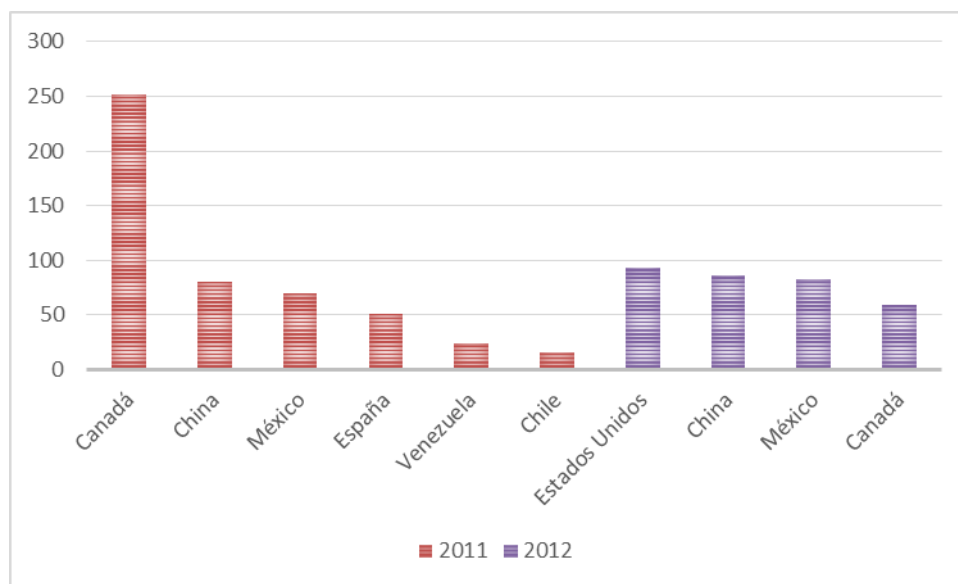
Fuente: Banco Central del Ecuador
Elaborado por: Dayra Puertas

En 2012, el Ecuador recibió IED por un monto de US\$ 587 millones de dólares, compuestos en un 39% por aportes de capitales, un 51% por reinversión de utilidades y un 10% por préstamos entre compañías; lo que significó un 8% menos del valor recibido en 2011 (CEPAL, 2013).

En cuanto al origen de las inversiones en el periodo 2011-2012, el país en 2011 siguió una tendencia muy distinta a la del resto de países de la región. Para el Ecuador, Canadá fue el principal inversor con US\$ 252 millones, le sigue China con US\$ 80 millones, México con US\$ 70 millones, España con US\$ 51 millones, Venezuela con US\$ 24 millones y Chile con US\$15 millones. La explicación para el cambio en el origen de las inversiones según el informe de la CEPAL 2012 radica en el incremento de las inversiones canadienses y chinas en virtud de las nuevas políticas ecuatorianas en relación a la explotación de sus recursos naturales. Las actividades extractivas de recursos captaron el 73% de la inversión total del 2011 (GARCÉS, 2012).

GRÁFICO 6

PAÍSES DE ORIGEN DE IED EN ECUADOR PERIODO 2011-2012



Fuente: Banco Central del Ecuador
Elaborado por: Dayra Puertas

En el 2012, el Ecuador se encuentra en sintonía con el resto de la región en cuanto al origen de las inversiones. Estados Unidos es el principal inversor del país con US\$ 93 millones, seguido de China con US\$ 86 millones, México con US\$ 83 millones y Canadá US\$ 59 millones.

Entre las compañías extranjeras que invirtieron en el país hasta 2012 se encuentran Continental Tires (Alemania), Franz Viegner (Argentina), Cisa (Chile), Ecoluxury (Italia), Sony (Japón), Great Wall y Ecuacorriente S.A. (China), El Corte Inglés (España), Valrhona (Francia), grupo ARCA (México) y Petra Food (Singapur) (EL TELÉGRAFO, 2013).

De acuerdo a CEPAL, a nivel de América Latina y el Caribe los flujos de Inversión Extranjera Directa mantendrán una tendencia creciente, aunque advierte que una reducción de precios de algunos bienes de exportación podría modificar esta tendencia. Por otro lado, algo alarmante del informe es que si bien América Latina atraviesa un buen momento en su economía, no hay indicios muy claros de un aporte relevante de la IED a la generación de nuevos sectores o a la creación de actividades de alto contenido tecnológico, considerando que uno de los principales desafíos de la región es el cambio en su matriz productiva.

Por otro lado, de acuerdo al último Business Environment Ranking publicado por The Economist, de la región, Chile es el país con mejor clima de negocios. Se encuentra en el puesto número 13 lo que da cuenta del buen funcionamiento de su economía, un régimen abierto hacia la IED, una fuerte posición fiscal, sofisticados mercados de capital y una extensa red de Tratados de Libre Comercio. El Ecuador se encuentra en el puesto 71, seguido de Cuba (78) y Venezuela (82), mostrando una tendencia impredecible en cuanto a la intervención del Estado en asuntos de inversión, un débil desempeño económico y desaliento a los inversionistas.

En el caso del Ecuador y debido a la tendencia decreciente que han tenido los montos de IED recibidos por el país durante el periodo 2007-2012, el gobierno ecuatoriano ha lanzado un proyecto de promoción de inversiones para incrementar los flujos de IED que recibe el país. El objetivo del proyecto es reducir las brechas de productividad y apoyar al cambio de la matriz productiva, atrayendo las inversiones hacia los sectores económicos priorizados por el gobierno, los cuales son: metalmecánica, petroquímica, biotecnología, cadena agroforestal, alimentos frescos, congelados y procesados, farmacéutica, turismo, energías renovables y servicios logísticos (GLAS ESPINEL, PASTOR, ALBORNOZ, GUERRERO, & SOLIS, 2012).

El plan durará cuatro años y pretende aumentar la IED entre un 15% y 20%. Sin embargo este incremento se podrá recién evidenciar a partir del tercer año de aplicación del proyecto, ya que los dos primeros años servirán para identificar las oportunidades de inversión en diversos sectores, para luego hacer la promoción en el extranjero. No obstante, hasta la aplicación y puesta en marcha del proyecto, el Ecuador no resolverá el problema inmediato de ser el país que menos IED recibe en Sudamérica (EL TELÉGRAFO, 2013).

Los montos de IED recibidos por el Ecuador durante el periodo 2007-2012 que se cuenta con datos, han estado marcados por una tendencia a la baja y han sido los más bajos de la región, lo que evidencia el efecto que ha tenido el cambio de políticas del gobierno en materia de inversión. Si bien el gobierno se

encuentra trabajando en un plan que permita aumentar estos flujos, habrá que ver cómo reaccionan los inversionistas dentro de este nuevo plan, que tiene por reto, no solamente aumentar el ingreso de IED sino también cambiar la matriz productiva del país. Sólo el tiempo nos dirá si se logran los objetivos o repetimos los resultados y consecuencias de la sustitución de importaciones de décadas atrás.

De acuerdo a últimos datos publicados por la Superintendencia de Compañías, la IED en el año 2013 alcanzó un total de US\$ \$549,4 millones distribuidos en 929 compañías, de los cuales solo el US\$ \$54, 5 millones tienen que ver con nuevas constituciones de empresas y US\$ \$ 494,7 millones por incrementos de capital en 333 compañías (SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, 2014). Estos datos reflejan que aún la tendencia de la IED se encuentra a la baja y que aún el plan puesto en marcha por el gobierno no está dando los resultados esperados.

1.1.3. Sectores con mayor Inversión Extranjera Directa

De acuerdo a la CEPAL, en términos absolutos, el Ecuador entre enero y septiembre del 2012 recibió US\$ 364 millones de dólares; conforme a estadísticas más recientes del Banco Central, se estipula que el monto total de inversión para el año 2012 fue de US\$ 586 millones. Sin embargo este total no representa flujos de nuevo capital invertido en el país. De acuerdo al Banco Central las nuevas inversiones representarían solamente US\$ 227 millones, en tanto que US\$300,6 millones serían utilidades reinvertidas y US\$58,9 millones, otro capital, es decir préstamos entre compañías. Los datos del 2012 reflejarían una caída del 8,2% con respecto al 2011, y una caída de 44% con respecto al monto alcanzado en 2008 (US\$1.057 millones)

En este contexto, hubo sectores de la economía que recibieron más IED que otros, lo que refleja que la inversión está en directa relación con los sectores que mayor retorno de utilidades ofrece. A continuación se muestra la tabla que da cuenta del flujo de IED por sectores de la economía durante el periodo 2007 y 2012.

TABLA 1**FLUJOS DE IED POR SECTORES DE LA ECONOMÍA AÑOS 2007-2012**

Rama de actividad económica / años	2007	2008	2009	2010	2011	2012	
TOTAL	194,1	1.057,8	307,8	163,1	640,5	591,3	TOTAL
Agricultura, silvicultura, caza y pesca	25,5	20,4	52,3	10,6	0,4	17,8	337,3
Comercio	92,2	119,9	84,2	93,5	77,6	82,9	907
Construcción	19,6	49,3	-13,9	27,8	50,1	31,1	228,2
Electricidad, gas y agua	11,8	-6,7	3	-5,9	-10,6	46,8	59,9
Explotación de minas y canteras	-102,8	244,1	5,8	178	379,2	224,9	2.032,4
Industria manufacturera	98,9	197,9	117,7	118,1	119,7	142,3	1.220,9
Servicios comunales, sociales y personales	16,6	13,1	18,1	22,6	27,8	1,7	155,9
Servicios prestados a las empresas	84,6	142,2	-23,6	68	43,8	39,4	736,6
Transporte, almacenamiento y comunicaciones	-52,5	277,2	64,2	-349,6	-47,4	4,2	532,9

Fuente: Banco Central del Ecuador

Elaborado por: Dayra Puertas

Entre el periodo 2007-2012 los sectores de la economía que recibieron mayor IED fueron la explotación de minas y canteras, la industria manufacturera y el comercio. Los sectores de la economía relacionados con la agricultura, electricidad y servicios comunales fueron los sectores que receptaron menor IED durante el mismo periodo.

Se puede observar que la tendencia decreciente de la IED en el país también se la puede apreciar claramente en los sectores de la economía. El año 2008 es el que registra los mayores flujos de IED recibidos, sin embargo, para el 2009 estos flujos se ven disminuidos e inclusive aparecen sectores de la economía como la construcción, y los servicios prestados a las empresas con valores negativos. Pero sectores como la electricidad, la agricultura y servicios comunales presentaron aumentos en sus flujos de IED.

Para el año 2010, la mayoría de los sectores de la economía sufren una recuperación en sus flujos de IED, pero sectores como la agricultura sufre una

baja de 41,7 millones de dólares y el sector de la electricidad y transporte alcanzaron valores negativos de -5,9 y -349,6 millones respectivamente. La caída en el sector transporte podría ser una de las explicación de por qué el 2010 fue el año en el que el país recibió la menor cantidad de IED. Durante el año 2011, el sector transporte (-47,4 millones) y electricidad (-10,6 millones) continúan con valores negativos. Los sectores de la Construcción y la explotación de minas y canteras son los que registran mayores incrementos en sus flujos de IED.

Durante el 2012, y comparándolo con el año anterior, de entre todos los sectores se destacó por su peso la explotación de minas y canteras (38%), seguido por la industria manufacturera (24%) y el Comercio (14%), con lo cual los tres sumaron el 76% del total invertido en el país.

Así mismo el último informe de la Superintendencia de Compañías muestra que la IED se destinó preferentemente hacia sectores de comercio 21,1%, industrias manufactureras 20,7%, actividades financieras 15,9%, construcción 12,6%, minas y canteras 11,9%; actividades que en conjunto representan el 82,2% de la inversión extranjera directa total (SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, 2014).

Un mayor análisis nos permitirá conocer que las variaciones que experimentan los sectores de la economía tienen relación con coyunturas específicas, tales como la renovación de contratos de las telefónicas móviles, las inversiones realizadas por las grandes mineras o la construcción de un nuevo aeropuerto.

1.2. Regulación de la inversión en la legislación ecuatoriana

Con la entrada en vigor de la Constitución en el año 2008, las reglas del juego para los inversionistas nacionales y extranjeros se han visto modificadas. Los derechos y obligaciones de los inversionistas ahora ya no solo se encuentran en una ley sino que se los incluyó en el Código Orgánico de la Producción,

Comercio e Inversiones y responden principalmente al Plan Nacional del Buen Vivir, el cual utiliza el socialismo del Buen Vivir como la teoría base para crear de acuerdo al gobierno una sociedad más justa.

1.2.1 La Constitución

Con la entrada en vigor de la nueva Constitución ecuatoriana en el año 2008, la situación del régimen de protección a la inversión extranjera se ha visto afectada. Hasta el año 2008 en el Ecuador el tema de la inversión extranjera no había sido abordado de forma directa a nivel constitucional. Las inversiones se regulaban, a través de la Ley de Promoción y Garantía de Inversiones y para la solución de controversias se remitían a lo que establecían los Tratados y Convenios sobre Promoción y Protección de Inversiones que el Ecuador había firmado con un sin número de países.

La nueva constitución consta de IX títulos, los cuales se encuentran divididos en capítulos y a su vez éstos se encuentran divididos en secciones. Las inversiones se encuentran reguladas en el Título VI, Capítulo sexto, Sección sexta, bajo el título de Ahorro e Inversión. La importancia que la Constitución se refiera a la IED radica en que es la " norma suprema del Estado y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico" (art. 424) a tal punto que las normas y actos del poder público que se le opongan carecerán de eficacia jurídica, incluyendo los tratados de inversiones.

El artículo 339 de la Constitución estipula:

Art. 339.- El Estado promoverá las inversiones nacionales y extranjeras, y establecerá regulaciones específicas de acuerdo a sus tipos, otorgando prioridad a la inversión nacional. Las inversiones se orientarán con criterios de diversificación productiva, innovación tecnológica, y generación de equilibrios regionales y sectoriales.

La inversión extranjera directa será complementaria a la nacional, estará sujeta a un estricto respeto del marco jurídico y de las regulaciones nacionales, a la aplicación de los derechos y se orientará según las necesidades y prioridades definidas en el Plan Nacional de Desarrollo, así como en los diversos planes de desarrollo de los gobiernos autónomos descentralizados.

La inversión pública se dirigirá a cumplir los objetivos del régimen de desarrollo que la Constitución consagra, y se enmarcará en los planes de desarrollo nacional y locales, y en los correspondientes planes de inversión (p.100-101).

También en la Constitución encontramos que “*La política fiscal tendrá como objetivos específicos [...] la generación de incentivos para la inversión en los diferentes sectores de la economía y para la producción de bienes y servicios, socialmente deseables y ambientalmente aceptables.*” (art.285) (p.89)

En el ámbito de las relaciones internacionales, la constitución dictamina que se debe fomentar un sistema de comercio e inversión entre los Estados que se sustente en la justicia, la solidaridad, la complementariedad, la creación de mecanismos de control a las corporaciones multinacionales. Y rechaza que las controversias generadas con empresas privadas sean conflictos entre Estados (art. 416).

En cuanto a la resolución de controversias con inversionistas extranjeros la Constitución establece en el artículo 422 que:

No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índice comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas. Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia. (p.120)

1.2.2. Código orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones

El nuevo marco constitucional, determinó que las leyes del país también se transformen. El nuevo código de la Producción, Comercio e Inversiones entró en vigor el 29 de Diciembre de 2010. El objetivo de este nuevo código es el de regular el proceso productivo en las etapas de producción, distribución intercambio, comercio, consumo, inversión productiva, todos estos procesos orientados a la realización del buen vivir. Además entre sus principales objetivos están el incremento de la competitividad, el incentivo y regulación de todo tipo de inversiones, la democratización de los factores, la facilitación del comercio exterior, el impulso del crecimiento productivo y la canalización de la inversión hacia los sectores denominados como estratégicos.

El Código lo que busca es integrar dentro de el mismo a toda persona natural o jurídica, y demás formas de organizaciones que se encuentren dentro

del proceso productivo, es decir, producción, transformación, distribución, intercambio comercial, consumo, etc. Asimismo contempla el conjunto de normas que determinan el papel del Estado en este proceso de transformación (ANALUISA, 2014).

En última instancia, lo que busca el código es modificar el modelo primario extractivista en que se ha basado la producción, comercio e inversiones en el país, alineándose al cambio de la Matriz Productiva y al Modelo Económico propuesto en el Plan Nacional para el Buen Vivir (GAVILANES HERRERA, 2011).

El Modelo Económico Propuesto en el Plan Nacional del Buen Vivir consta de siete puntos principales que son complementarios entre sí e integran todos los actores encargados del proceso productivo, distributivo, de intercambio y de consumo. Los puntos en los que se enfoca este nuevo Modelo son: el Desarrollo Productivo, la Inversión, el Desarrollo empresarial, Comercio exterior, la Competitividad, Sostenibilidad y el Ecosistema.

GRÁFICO 7

MODELO ECONÓMICO PROPUESTO EN EL PLAN NACIONAL DEL BUEN VIVIR



Fuente: Gavilanes Herrera
Elaborado por: Gavilanes Herrera

El Código se encuentra dividido en seis libros, cada uno de ellos subdivididos en títulos y capítulos; contiene 238 artículos, 10 disposiciones generales, 9 derogatorias y 23 transitorias. El tema de la inversión se lo puede encontrar en el Libro II el cual abarca el tema de Desarrollo de la inversión productiva y de sus instrumentos. Dentro de la nueva normativa el tema de la inversión toma una nueva connotación, es así que el termino inversión tiene diferentes significaciones.

Para términos de la normativa, existe: la inversión productiva destinada a producir bienes y servicios, a ampliar la capacidad productiva y generar fuentes de trabajo en la economía nacional; la inversión nueva destinada a incrementar el capital de la economía; la inversión extranjera, que es en la que centraremos nuestro estudio, la cual se encuentra controlada por personas naturales o jurídicas extranjeras, domiciliadas en el extranjero o cuyo capital no haya sido generado en el país, no se considera como inversión extranjera a aquella realizada por una empresa nacional o extranjera cuyo control total o mayoritario sea de una persona natural o jurídica ecuatoriana; y, la inversión nacional la cual es propiedad o se encuentra controlada por personas naturales o jurídicas ecuatorianas, o por extranjeros residentes en el país (art 13).

El rol de las inversiones extranjeras de acuerdo al nuevo Código se establece como uno de complementación directa a los sectores estratégicos de la economía para de esta manera alcanzar los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo. En el resto de sectores los inversionistas extranjeros podrán participar sin ninguna necesidad de una autorización adicional a las previstas para los inversionistas nacionales. Además es deber de las diferentes instituciones gubernamentales el de atraer inversión extranjera directa según las necesidades y prioridades del Plan Nacional de Desarrollo y la Agenda de Transformación Productiva. Asimismo el Estado podrá otorgar tratamientos diferenciados a manera de incentivos a favor de la inversión productiva y nueva, y en función a los sectores, ubicación geográfica u otros parámetros que se consideren necesarios cumplir (art 17).

Son obligaciones de los inversionistas tanto nacionales como extranjeros el cumplimiento de las leyes del país, especialmente de aquellas referentes a los aspectos laborales, ambientales, tributarias y de seguridad (art 21). El órgano competente en materia de inversiones es el Consejo Sectorial de la Producción (art 15).

Sin embargo, existen diferentes opiniones sobre la nueva normativa vigente. Por un lado, analistas económicos rescatan que el Código es un instrumento que ayudará a incentivar el cambio de la matriz productiva, ya que presenta ventajas en algunos sectores de la economía. Por ejemplo existen varios beneficios tributarios para lo que son nuevas inversiones que deseen instalarse en zonas especiales de desarrollo. Pero por otro lado, el no tener tratados de libre comercio, las reformas tributarias permanentes y una política agresiva de alza de salarios, de alguna forma y en algún momento van a contraponer las ventajas que este Código de la Producción pretende ofrecer. Además existe preocupación entre los empresarios en cuanto a la redacción del texto ya que las penalizaciones aparecen en presente indicativo y los beneficios son condicionales (GAVILANES HERRERA, 2011).

1.2.3. Plan Nacional del Buen Vivir

El 17 de febrero de 2013, los ecuatorianos eligieron al Presidente Rafael Correa y con ello eligieron el programa de gobierno para ser aplicado durante el nuevo periodo de mandato. Ese programa se ve reflejado en el Plan Nacional para el Buen Vivir 2013-2017, el cual constituye la guía de gobierno que el país aspira tener y aplicar en los próximos cuatro años. El principal objetivo del plan es convertirse en un documento práctico que las instituciones públicas, privadas y ciudadanos en general puedan seguir, de manera que todos se encuentren encaminados hacia los mismos objetivos.

El Plan Nacional del Buen Vivir es el marco fundamental bajo el cual el actual gobierno está creando el nuevo régimen de Inversión Extranjera Directa ya que los réditos de los inversionistas deberán ajustarse a este Plan. El Buen Vivir lo que busca es aplicar un nuevo modelo económico que no busque

acumulación material, sino que promueva una estrategia económica incluyente y democrática incorporando procesos de acumulación y redistribución de los recursos del país (SENPLADES, 2013)

Lo que intenta es generar una sociedad más justa, dentro de la cual el ser humano y la vida sean el centro de acción pública. Busca la construcción de sociedades solidarias, corresponsables y recíprocas, dentro de las cuales a partir de un cambio en las relaciones de poder estas sociedades pueden vivir en armonía con la naturaleza. Además ayuda a fortalecer la cohesión social, los valores comunitarios y la participación activa de individuos y colectividades en la construcción de su propio futuro (SENPLADES, 2013).

El Plan Nacional se enmarca en una estrategia de doce objetivos nacionales, que a su vez se encuentran organizados en tres ejes. El primero se refiere al cambio en las relaciones de poder para la construcción del poder popular. El segundo a los derechos, libertades y capacidades para el Buen Vivir. Finalmente a la transformación económica-productiva a partir del cambio de la matriz productiva (SENPLADES, 2013). A continuación se presenta la organización de los 12 objetivos del Plan en los ejes planteados:

A. Poder Población y Estado: Donde consta el siguiente objetivo:

1. Consolidar el estado Democrático y la Construcción del Poder popular

B. Derechos y Libertades para el buen vivir: Área integrada por los siguientes objetivos:

2. Auspiciar la igualdad, la cohesión, la inclusión y la equidad social y territorial, en la diversidad.
3. Mejorar la calidad de vida de la población.
4. Fortalecer las capacidades y potencialidades de la ciudadanía.
5. Construir espacios de encuentro común y fortalecer la identidad nacional, las identidades diversas, la plurinacionalidad y la interculturalidad.
6. Consolidar la transformación de la justicia y fortalecer la seguridad integral, en estricto respeto a los derechos humanos.

7. Garantizar los derechos de la naturaleza y promover la sostenibilidad territorial y global

C. Transformación Económica y Productiva.- En esta área constan los siguientes objetivos:

8. Consolidar el sistema económico social y solidario, de forma sostenible.
9. Garantizar el trabajo digno en todas sus formas.
10. Impulsar la transformación de la matriz productiva.
11. Asegurar la soberanía y eficiencia de los sectores estratégicos para la transformación industrial y tecnológica.
12. Garantizar la soberanía y la paz, profundizar la inserción estratégica en el mundo y la integración latinoamericana.

Una de las estrategias fundamentales para el cumplimiento del Plan Nacional para el Buen Vivir es la Inversión en el marco de una macroeconomía sostenible. Una inversión que debe ser estratégicamente dirigida de acuerdo a la normativa vigente y cuya dirección será la del gobierno. Para lograr la sostenibilidad en la economía del país, se plantea la construcción de tres condiciones fundamentales. La primera trata la canalización del ahorro a la inversión productiva, pública y privada de manera eficiente. La segunda busca el desarrollo de las capacidades humanas y oportunidades sociales, de manera que sea posible una organización económica más equitativa y por ende una convivencia social más justa. Finalmente se busca la acumulación de capital productivo necesario para cambiar la especialización de la economía y el modo de acumulación. (SENPLADES, 2009:65).

Para el gobierno esta estrategia es fundamental, lo que busca es un cambio en el modelo de acumulación del país, para avanzar del modelo primario-extractivista a un modelo generador de valor agregado. El Estado será el encargado de crear las condiciones que permitan cambiar a opciones productivas generadora de valor. Es por eso que dentro de esta lógica, la inversión debe ir hacia proyectos de infraestructura de soporte para la productividad sistémica; a la especialización de capacidad instalada; y el

fomento de las industrias nacientes, pero que estén específicamente dirigidas a tres cosas: satisfacer las necesidades básicas de la población, a fortalecer la soberanía alimentaria, energética y tecnológica, a reducir la dependencia del país; y finalmente servicios turísticos comunitarios y servicios ambientales (KRONFLE, 2011).

En lo referente a la inversión extranjera, el Plan Nacional del Buen Vivir considera que ésta ha sido una herramienta de extracción de riqueza para los inversionistas, y una generación de divisas limitadas para el país. En parte porque no ha habido transferencia de conocimiento y tecnología por parte de los inversionistas; y por la falta de reciprocidad en el intercambio de recursos nacionales y capitales extranjeros. Es así que el Plan Nacional propone que los acuerdos de inversión generen riqueza para el país y no viceversa. En la actualidad, el Ecuador está poniendo mucho énfasis en el cambio de matriz productiva, por lo que la inversión extranjera debe contribuir al desarrollo del país mediante la diversificación productiva, la generación de valor agregado y la transferencia de conocimiento. Es así que la IED queda dentro de este plan destinada a ser complementaria a la inversión nacional y orientada a cumplir con los objetivos de desarrollo bajo criterios de responsabilidad con los trabajadores, con la sociedad y con el ambiente (SENPLADES, 2013).

1.3. Perspectivas de la inversión en el país

Toda inversión se encuentra sujeta a varios factores a considerar, sin embargo, son tres los principales que la condicionan: a) la rentabilidad esperada, b) el riesgo que trae aparejada, esto es la incertidumbre sobre la recuperación del capital y las ganancias; y c) el tiempo de la inversión (PRIETO, 1976). Estos factores condicionan la mayor o menor IED que recibe un país. En el Ecuador, las razones que condicionan la baja IED se encuentran relacionadas con la incertidumbre sobre la recuperación del capital y ganancias, y sobre la rentabilidad esperada. A continuación revisaremos estas condicionantes y también los incentivos que propone el gobierno para atraer la inversión al país.

1.3.1. Incentivos a la inversión

Los medios de comunicación recogen la opinión de algunos analistas, para quienes la reducción de IED se entiende porque en el país existen reglamentaciones más fuertes para el trabajo, se exige un empleo estable y de calidad, afiliación a la seguridad social y se debe cumplir con el sistema tributario nacional, además de respetar los mandatos y garantías de la Constitución. Principalmente el sistema de tributación y el pago del Impuesto a la Salida de Divisas del 5% es el que ha provocado que especialmente las empresas petroleras y mineras, restrinjan sus inversiones en el país (EL TELÉGRAFO, 2013). Para estos analistas, las preocupaciones de los inversionistas estarían por el lado de las ganancias, ya que reformas como las realizadas a la Ley de Minería y a la Ley de Equidad Tributaria ha hecho que las inversiones para la exploración y explotación de minas en el Ecuador sean poco atractivas para los inversionistas.

Para otros, las razones para no invertir en Ecuador estarían relacionadas con el riesgo y la falta de seguridad jurídica en el país. El cambio de las reglas sobre la IED, tributación, medio ambiente, unidas a la renuncia al Convenio CIADI y la denuncia de Tratados Bilaterales de Inversión contribuye a la percepción de los inversionistas de que el Ecuador no pueda brindarles las seguridades necesarias que como inversores buscan en una economía (BCE, 2013).

Por otro lado entre las reformas más relevantes y que han hecho pensar a los inversionistas dos veces está el ceñir los recursos naturales y el ejercicio de los derechos mineros al Plan Nacional de Desarrollo, a los principios de desarrollo sustentable y sostenible, a la protección del medio ambiente y la participación y responsabilidad social respetando el patrimonio cultural y natural de las zonas explotadas.

Quizá lo analizado justifique que el Ecuador fue el país de América Latina y el Caribe que menos IED recibió en 2012, como porcentaje del PIB, de acuerdo a un reciente estudio de la CEPAL. En términos generales, la IED ha

disminuido de un promedio de US\$ 651 millones por año en el período 2002-06, a un promedio de US\$ 491 millones anuales durante el período del actual gobierno (2007-12) (FIERRO CARRIÓN , 2013)

Frente a esta realidad, el gobierno ha buscado atraer la inversión extranjera mediante varios mecanismos. El día 14 de abril de 2014, la revista líderes destaca en su editorial que el gobierno busca reformar el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones y entre los temas que se considera reformar estarían los relacionados con incentivos tributarios, fomento de exportaciones, atracción de inversiones, acceso al financiamiento, apoyo a los emprendimientos, entre otros.

Además, el Gobierno del Ecuador para potenciar la inversión de los sectores estratégicos contemplados en el Plan Nacional del Buen Vivir ha creado herramientas para apoyar al emprendimiento y las inversiones productivas en el Ecuador. Entre estos incentivos se encuentran los establecidos dentro del Código Orgánico de la Producción Comercio e Inversiones, apoyo de financiamiento de la Banca Pública, Facilitación aduanera, y desarrollo de capital humano. Todo inversionista tendrá la posibilidad de aplicar a un contrato con el Estado de 15 años, extensibles a 15 años adicionales con un monto mínimo de inversión del contrato de \$250.000 dólares americanos (PRO ECUADOR, s.f.).

Asimismo los inversionistas contarán con la reducción de 10 puntos de la tarifa del Impuesto a la Renta por reinversión en activos productivos, exoneración de pago del Anticipo Mínimo del Impuesto a la Renta por 5 años, para las empresas nuevas que se constituyan en el país; exoneración del impuesto a salidas de divisas para los pagos al exterior por créditos externos, con un plazo mayor a un año y con una tasa no superior a la autorizada por el Banco Central del Ecuador; deducción del 100% para el cálculo del impuesto a la renta, de la depreciación de maquinaria que se utilice para producción más ecológica (PRO ECUADOR, s.f.).

Los incentivos que se establecen en el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones son de carácter fiscales y son de tres clases.

Los generales para las inversiones que se ejecuten en cualquier parte del país y consisten en: la reducción progresiva de tres puntos porcentuales en el impuesto a la renta; deducciones adicionales para el cálculo del impuesto a la renta a manera de incentivo para mejorar la productividad, innovación y para la producción eco-eficiente; facilidades de pago en tributos al comercio exterior; la exoneración del impuesto a la salida de divisas para las operaciones de financiamiento externo; la exoneración del anticipo al impuesto a la renta por cinco años para toda inversión nueva (art 24:1).

La segunda clase de incentivos fiscales está relacionada con los sectores que contribuyen al cambio de la matriz energética, a la sustitución estratégica de importaciones, al fomento de exportaciones, así como para el desarrollo rural de todo el país; para ellas se reconoce la exoneración total del impuesto a la renta por cinco años a las inversiones nuevas que se desarrollen en estos sectores. Para la aplicación de los incentivos dispuestos en esta clase, las inversiones nuevas y productivas deberán realizarse fuera de las zonas urbanas de Quito y Guayaquil y dentro de los siguientes sectores económicos: producción de alimentos frescos, cadena forestal y agroforestal, metalmecánica, petroquímica, farmacéutica, turismo, energías renovables, servicios logísticos de comercio exterior, biotecnología y software aplicados; y sustitución estratégica de importaciones (art 24:2).

La última clase es para zonas deprimidas las cuales podrán beneficiarse de los incentivos generales y sectoriales. Además tendrán una deducción adicional del 100% del costo de contratación de nuevos trabajadores, por cinco años (art 24:3).

1.3.2. Planes y programas de promoción de inversiones

El Gobierno del Ecuador en aras de incentivar la inversión en el país ha desarrollado algunas iniciativas. Por un lado, el Ministerio de Comercio Exterior a través de PROECUADOR ha creado un espacio para los inversionistas dentro del cual se puede encontrar una Guía para invertir en el país y los incentivos que pueden tener dentro de cada sector estratégico.

Asimismo, se ha creado un sistema de promoción, atracción y apoyo a las inversiones nacionales y extranjeras. Este sistema se lo ha denominado como InvestEcuador, el cual tiene como objetivos el identificar, promover, atraer, impulsar y ampliar la inversión en el país para la transformación de la matriz productiva.

InvestEcuador es coordinado a través de una gerencia del Ministerio Coordinador de la Producción, Empleo y Competitividad (MCPEC), el cual en conjunto con otros Ministerios e instituciones del Consejo Sectorial de la Producción, Empleo y Competitividad¹ facilitan y brindan al inversionista apoyo en las siguientes áreas: Inteligencia de mercados en donde actores públicos y privados ayudan a identificar las oportunidades de negocios enfocados en los sectores lucrativos de la economía ecuatoriana ya sea por su potencial de crecimiento o por la capacidad de mejorar la capacidad exportadora o de sustituir importaciones; promoción de inversiones la cual desarrolla campañas centradas en dar a conocer a los inversionistas los sectores claves y rentables dentro de la economía ecuatoriana; y, servicio al inversionista el cual consta de un equipo de apoyo el cual debe responder a las necesidades que se presenten en el proceso de pre-inversión, seguimiento y reinversión (MINISTERIO DE COORDINACIÓN DE LA PRODUCCIÓN, EMPLEO Y COMPETITIVIDAD, 2011).

Además se encuentra la red de apoyo a la inversión, la cual incluye diversas agencias locales de servicios al inversionista en las diferentes ciudades del país. Dentro de la red se encuentran la Agencia de Promoción de Inversión de Manabí, INVEC en Cuenca, e Invierte en Quito.

¹ El Consejo Sectorial de la Producción, Empleo y Competitividad fue creado por Decreto Ejecutivo 726, está conformado por 16 instancias que revisan, articulan, coordinan, armonizan y aprueban las políticas públicas de producción e industria a nivel nacional y está presidido por el Ministro Coordinador de Producción, Empleo y Competitividad. Está conformado por Miembros Plenos: Ministerio Coordinador de la Producción, Empleo y competitividad, Ministerio de Transporte y Obras Públicas,, Ministerio de Turismo, Ministerio de Industrias y Productividad, Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca, Ministerio de Relaciones Laborales, Ministerio de Comercio Exterior, SENPLADES, Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, Servicio Nacional de Contratación Pública y Agencia Nacional de Transito; y miembros asociados: Banco Nacional de Fomento, Corporación Financiera Nacional, Servicio Nacional de Aduanas del Ecuador, SRI, IEPI, Secretaría Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación.

Se espera que a través de estas iniciativas mejore la inversión tanto nacional como extranjera en el país. De acuerdo a últimos datos del Banco Central, el Ecuador recibió USD \$ 702,82 millones de dólares en IED, lo que de alguna manera mostraría que estas iniciativas y planes del gobierno están dando resultados.

1.3.3. Garantías

Los inversionistas de acuerdo al Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones gozan de las siguientes garantías: libre producción de bienes y servicios que sean socialmente deseables y ambientalmente sustentables, así como la libre fijación de precios a excepción de aquellos bienes que se encuentran regulados por la Ley. Son libres de importar y exportar bienes y servicios con excepción de aquellos límites establecidos por la Ley y de acuerdo a los convenios internacionales de los cuales el Ecuador forma parte. Tienen derecho a acceder a procedimientos administrativos para evitar la práctica especulativa, monopolios, oligopolios y competencia desleal. A la libre transferencia al exterior de ganancias de inversión extranjera registrada siempre y cuando hayan cumplido con las obligaciones tributarias, laborales y todas las legales que dictamine la Ley (art 19).

Los inversionistas también tienen derecho a la libre remisión de recursos por la liquidación, venta de acciones, participaciones o derechos adquiridos de empresas que se hayan constituido con inversión extranjera siempre y cuando hayan cumplido con las obligaciones tributarias del país. A la libre compra y venta de acciones, participaciones y derechos de propiedad en inversiones en el país o en el extranjero. Además libre acceso al sistema financiero nacional o al mercado de valores, libre acceso a los mecanismos de promoción, asistencia técnica, tecnología y cooperación; y acceso a los beneficios e incentivos previstos dentro del Código, y otras leyes y normativas aplicables (art 19).

También es derecho de los inversionistas al trato no discriminatorio, es decir, que tanto inversionistas nacionales como extranjeros de carácter natural o jurídico gozarán de igualdad de condiciones respecto a la administración,

operación expansión y transferencia de sus inversiones, y no serán objetos de medidas discriminatorias. Las inversiones y los inversionistas extranjeros tendrán protección y seguridades plenas; gozarán de la misma protección que reciben los ecuatorianos dentro del territorio nacional (art 17).

La propiedad del inversionista quedará protegida bajo los términos que establece la Constitución, la cual prohíbe cualquier forma de confiscación. Sin embargo, el Estado podrá declarar la expropiación de bienes inmuebles con el objetivo de ejecutar planes de desarrollo social y de bienestar colectivo. Para esto se realizará una valoración y un pago de indemnización justa y adecuada de conformidad con la Ley (art 18).

Además el COPCI en su artículo 27 establece que en los contratos de inversión extranjera se podrán pactar cláusulas arbitrales para la resolución de conflictos que se presenten entre el Estado y los inversionistas. Una vez que se hubieren agotado las vías administrativas para solucionar una controversia entre un inversionista extranjero y el Estado, intentarán solucionarse de manera amistosa por un término de 60 días. De no llegar a un acuerdo deberá existir una instancia obligatoria de mediación dentro de los tres meses siguientes a la fecha de inicio formal de las negociaciones directas.

Si después de la mediación la controversia subsiste, el conflicto podrá ser sometido a arbitraje nacional o internacional, el cual será en la Corte de la Haya en Chile de acuerdo a los tratados vigentes. La legislación aplicable será la ecuatoriana y los laudos serán definitivos y obligatorios para las partes. Los asuntos tributarios no podrán someterse a arbitraje. Si luego del término de 6 meses de agotada la vía administrativa, las partes no han llegado a un acuerdo amistoso, ni la hubieren sometido a jurisdicción arbitral para la solución de sus conflictos, la controversia se someterá a conocimiento de la justicia ordinaria nacional. No se someterán a arbitraje los asuntos tributarios.

Asimismo, en caso de que alguna de las garantías establecidas en el COPCI no se cumpla, los inversionistas podrán acudir a la cláusula arbitral establecida en los Tratados Bilaterales de Inversión que mantiene el Ecuador con

otros países, los cuales a pesar de haber sido denunciados aún están en vigencia y lo estarán por algunos años más.

Frente a la nueva normativa puesta en vigencia por este gobierno, el Estado será el encargado de regular, canalizar y aprobar la IED que reciba el país hacia los sectores que el mismo considere como prioritarios. La nueva normativa buscaría brindar al gobierno las herramientas necesarias para poder tener un régimen de control y autoritario sobre todo lo referente a la IED. Este nuevo régimen que trata de imponer el gobierno basado en el Buen Vivir, no ha sopesado que tan dispuesto estará en el inversionista en venir a hacer inversiones bajo el actual marco legal. Especial atención prestarán a la denuncia de los TBIs que está realizando el gobierno actual y la posibilidad de elaborar Contratos de Inversión que les permita, en caso de conflictos solucionarlos en tribunales internacionales, con la salvedad de los conflictos tributarios, que deberán ser resueltos por los jueces ecuatorianos. Si bien no hay investigaciones que nos permitan conocer en qué nivel ha contribuido las denuncias de los TBIs o la reserva de que los asuntos tributarios sean juzgados en el Ecuador, en la disminución de la IED en el país, es innegable que será una consideración que tendrán en cuenta los inversionistas al momento de evaluar las posibilidades de inversión. Quizá, el propio gobierno lo está evaluando, ya que ha anunciado una reforma al COPCI para atraer la IED y dar mayores garantías al inversionista extranjero.

CAPITULO II

TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN

2.1. Tratados Bilaterales de Inversión

El proceso de globalización ha modificado la dinámica y evolución de la inversión extranjera directa alrededor del mundo. El incremento de los flujos de inversión ha ocasionado que el tratamiento hacia la misma se vaya modificando principalmente en factores económicos, jurídicos, sociales y políticos. Los Tratados Bilaterales de Inversión aparecen en la agenda mundial a finales de la década de los noventa, como un esquema normativo internacional dentro del cual el inversionista extranjero pueda tener derechos y garantías que le incentiven a invertir en una economía, sabiendo que su inversión estará segura contra los riesgos que pueda presentar un país.

2.1.1. Definición

En el párrafo 1, inciso a, del artículo 2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, define el término tratado como un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regidos por el Derecho Internacional, figure en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera sea su denominación (UNIED NATIONS, 1969).

El proceso de globalización mundial en conjunto con la evolución y dinámica de la inversión extranjera directa crearon un intercambio económico y de capitales de tal magnitud que los países empezaron a buscar formas de proteger sus inversiones en otros países. Los Estados se dieron cuenta que necesitaban un régimen que se encargara de regular la circulación de factores de la producción, de manera que los Estados pudieran cuidar sus intereses en tierras extranjeras. Es dentro de este marco donde entran los Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) como un régimen de seguridad que les permite a los inversionistas reducir la incertidumbre y el temor a ser engañados o explotados por los otros países (HASENCLEVER, MAYER, & RITTBERGER).

Los Tratados Bilaterales de Inversión nacieron a partir de los “Tratados de Amistad, Comercio y Navegación” (Friendship, Commerce and Navigation Treaties), los cuales fueron suscritos principalmente durante la posguerra y hasta finales de la década del 60 por los Estados Unidos de América, Japón y por algunas naciones de Europa Occidental. A finales del siglo XVIII existían tratados bilaterales de comercio que no regulaban específicamente la inversión extranjera, pero tenían cláusulas referidas a la adquisición de propiedad o al ejercicio de determinadas actividades económicas en el territorio de un Estado por nacionales de otro Estado (GRANATO, 2005).

A partir de la Segunda Guerra mundial, comienza a surgir un nuevo género de tratados en materia de inversiones, cuyo objetivo era el de dar, reconocer y validar los seguros nacionales contra riesgos no comerciales como son: la expropiación, la nacionalización, los daños debido a conflictos armados, la imposibilidad de transferencia y la inconvertibilidad de la moneda local; otorgados por los países que realizaban exportación de capital a las inversiones realizadas por sus propios inversores en países extranjeros, de esta manera desarrollando esquemas de inversión. Dentro de este contexto surgieron varios programas de garantía multilateral desarrollados por el Banco Mundial, La Organización de Cooperación, Desarrollo Económico (OCDE), el Consejo de Europa, El Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y la Agencia de Garantía Multilateral de Inversiones (MIGA) (GRANATO, 2005).

Posterior a la aparición de estos programas es que comienzan a surgir los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (Bilateral Investment Treaties). Fue la República Federal de Alemania, quien realizó el primer tratado de este tipo en 1959 con la República Islámica de Pakistán. Alemania fue seguida por otros países europeos hasta que en la década del 70, la suscripción de estos convenios se convirtió en una política de los países exportadores de capital y principalmente se llevaron a cabo con África y Asia. Sin embargo, el primer TBI ratificado fue el celebrado entre la República Federal de Alemania y República Dominicana el 3 de junio de 1960 (RODRIGUEZ BARROS & RODRIGUEZ VARGAS, 2001).

Con respecto a América, debieron pasar alrededor de 30 años para que estos empezaran a realizar TBIs con los demás países del hemisferio. Sin embargo países como Colombia, Ecuador, El Salvador, Haití, Honduras, Paraguay, firmaron TBIs con la República Federal de Alemania, Suiza y Francia en los años sesenta y setenta. El primer TBI suscrito en la región fue en 1982 entre Estados Unidos y Panamá (RODRIGUEZ BARROS & RODRIGUEZ VARGAS, 2001).

Los TBIs están destinados a asegurar la estabilidad y predictibilidad de los marcos jurídicos nacionales respecto de la inversión extranjera directa. Son regímenes internacionales facilitadores de acuerdos de política mundial, particularmente entre a lo que Estados se refiere. Contemplan las diferentes dificultades que podrían darse en una determinada inversión y explican qué se debería hacer de manera específica, además consagran derechos que protegen a los inversionistas extranjeros a la vez que les confiere los instrumentos necesarios para obligar a los Estados a respetar tales derechos. Permiten tanto a los inversionistas como a los Estados realizar sus intereses colectivos de manera más rápida (KEOHANE, JOSTOR, 2003)

Los TBIs son el régimen legal aplicable al inversor extranjero en el Estado receptor, contienen un conjunto de normas jurídicas destinadas a ser cumplidas por los Estados a fin de asegurar el goce y disfrute de los beneficios concedidos a los inversores nacionales o a los de un tercer Estado. Este tipo de tratados por lo general consisten en otorgar un trato justo, equitativo y no discriminatorio así como conceder protección y seguridad plena, trato nacional y de la Nación más favorecida. Además contienen cláusulas especiales como la “umbrella clause”, “stabilization clause” y eliminación de la doble imposición (GRANATO, 2005).

La cláusula de la Nación más favorecida consiste en que los Estados contratantes reciban las mismas ventajas comerciales que la nación más favorecida con la que aquellos Estados hayan contratado anteriormente. El trato nacional exige, a los efectos del tratado, que los extranjeros sean objeto de igual trato que los nacionales; el objetivo de esta norma es evitar la discriminación

existente en las leyes locales, como por ejemplo aquellas relacionadas con la propiedad privada (DORÍN, 2012).

La *umbrella clause* está destinada a proteger que el tratamiento más favorable que pudiera haberse estipulado en otros acuerdos internacionales u obligaciones entre las partes no sea dejada sin efecto por parte del Estado receptor para con los inversionistas nacionales. Sin embargo, pueden existir excepciones que dispongan los Estados para proteger el desarrollo de la industria nacional, mantener el orden público o salvaguardar la seguridad nacional o internacional (DORÍN, 2012).

La *Stabilization clause* tiene como objetivo garantizar que, en el caso que la normativa del país sea cambiada, se siga aplicando a las inversiones anteriores a la modificación la legislación que estaba vigente al momento de suscribir los tratados. Finalmente, la cláusula de la eliminación de doble imposición dice que cuando un residente de un Estado obtenga rentas o posea un patrimonio que, de acuerdo a lo establecido en los convenios, pueda ser gravado en el otro Estado, el primero eximirá de impuesto a dicha renta o patrimonio (DORÍN, 2012).

2.1.2. Proceso de negociación, firma y ratificación

Un Estado puede estar en diferentes etapas en relación con un tratado. Por eso la Convención de Viena aclara que un Estado es negociador cuando ha participado en la elaboración y adopción del texto; que el Estado es contratante cuando ha consentido en obligarse, pero el tratado aún no se encuentra en vigor; y el Estado es Parte cuando ha expresado su consentimiento a través de un acto de ratificación, pero solo una vez que el tratado haya entrado en vigor (art 2).

La negociación internacional es conocida como compleja ya que combina situaciones de cooperación y situaciones no cooperativas, que no admiten discusión, mezcla intereses políticos como económicos lo que la hace impredecible. En el ámbito internacional y refiriéndonos exclusivamente a la negociación entre Estados, veremos que existen principalmente dos tipos, las destinadas a resolver un conflicto, y las destinadas a acordar el desarrollo de una

actividad, dentro de las cuales se encuentran los Tratados Bilaterales de Inversión.

Para negociar un tratado internacional, los Estados pueden utilizar diferentes vías y medios como son la diplomática a través de misiones permanentes, especiales o delegaciones; o por medio de Organizaciones Internacionales. Para realizar una acción específica respecto de un tratado como negociar, autenticar o adaptar el futuro tratado, es necesario que las autoridades nacionales designen a sus representantes otorgándoles plenos poderes. Esto quiere decir que se le entrega a la persona la autoridad para expresar la voluntad del Estado. Pueden tener plenos poderes en razón de su cargo Jefes de Estado y de Gobierno, Presidentes, o para determinados actos el Embajador ante el país donde esté acreditado para negociar los tratados con ese país (HUACO, 2006).

La Convención de Viena establece en sus artículos 7 y 8 una regla general y varias específicas respecto de quién se considera internacionalmente capacitado para obligar a su Estado a través de un Tratado. De acuerdo a la regla general se considera que representan al Estado aquellos provistos de plenos poderes y cuando de la práctica se deduzca que los Estados han considerado a la persona como su representante sin necesidad de plenos poderes. Las reglas específicas por otro lado, prevén que en virtud de sus funciones, se consideran facultados el Jefe de Estado, de Gobierno, al Ministro de Relaciones Exteriores, Jefes de Misión Diplomática para la adopción de tratados con el estado ante el que se encuentren acreditados; y los Representantes ante una Conferencia internacional o ante una Organización internacional para la adopción del texto de un tratado en tal Conferencia, Organización u órgano.

El texto del tratado está compuesto por varias partes. Se inicia con un preámbulo, donde aparecen los nombres de los Estados negociadores y una invocación que exprese la razón que lleva a la partes a negociarlo. Luego se encuentran los artículos, clausulas o capítulos, que conforman las obligaciones de las partes. Los Tratados bilaterales se redactan en los idiomas de los Estados; ambos textos deberán tener el mismo valor (ECURED, 2013).

La firma del tratado sirve para autenticar el texto negociado y aprobado por los negociadores, sin embargo esto no significa que los obliga, a menos que así lo disponga el tratado con expresiones como: entra en vigor a partir de la fecha de su firma. La firma no es una firma definitiva, ya que está condicionada a la confirmación o ratificación del Estado firmante, su efecto es el que se retrotrae a la fecha de la firma, una vez que el Estado haya realizado la ratificación (ECURED, 2013).

En el caso del Ecuador, es a la Presidenta o Presidente de República a quien le corresponde suscribir o ratificar los tratados y otros instrumentos internacionales. Así mismo la Presidenta o Presidente de la República debe notificar de manera inmediata a la Asamblea Nacional de todos los tratados que suscriba, precisando su carácter y contenido. Un tratado solo podrá ser ratificado, para su posterior canje o depósito, diez días después de que la Asamblea haya sido notificada del mismo. Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso que un TBI comprometa la política económica del Estado establecida en su Plan de Desarrollo a condiciones de instituciones financieras internacionales o empresas transnacionales la ratificación requerirá aprobación previa de la Asamblea Nacional. De la misma forma, la ratificación de tratados se podrá solicitar por referéndum, por iniciativa ciudadana o por la Presidenta o Presidente de la República (ASAMBLEA CONSTITUYENTE, 2008, art 418).

2.1.3. TBIs suscritos por el Ecuador

Desde la separación del Ecuador de la Gran Colombia en 1830, varias acciones nos han consolidado frente a nuestros países fronterizos y otros más lejanos como socios comerciales. Es así que el Ecuador desde sus inicios firmó los en ese entonces llamados Tratados de Amistad Comercio y Navegación, los cuales después evolucionarían a ser Tratados Bilaterales de Inversión, con países como España (1840), México y Suiza (1888), Colombia (1905), México (1936), entre otros (VILLAVICENCIO, 2010).

A partir de los años sesenta países como Alemania, Suiza y Reino Unido comenzaron a utilizar los TBIs como mecanismo comercial y para poder proteger sus capitales en países extranjeros. En el Ecuador comienza el boom de esta práctica en el año 1993, sin embargo el primer TBI suscrito fue con Suiza en el año 1968. En total el país ha firmado 29 Tratados Bilaterales de Inversión con diferentes países del mundo hasta marzo de 2014 (PBP, 2013).

TABLA 2

TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN FIRMADOS POR EL ECUADOR A MARZO 2014.

	TRATADO	FECHA DE SUSCRIPCIÓN	ENTRADA EN VIGENCIA
1	Alemania	21 de marzo 1996	12 de febrero de 1999
2	Argentina	18 de febrero 1994	1 de diciembre 1995
3	Bolivia	25 de mayo de 1995	15 de agosto 1997
4	Canadá	29 de abril de 1996	6 de junio de 1997
5	Chile	27 de octubre de 1993	2 de enero de 1996
6	China	21 de marzo de 1994	1 de julio de 1997
7	Costa Rica	6 de diciembre de 2001	No está vigente
8	Cuba	6 de mayo de 1997	1 de junio de 1998
9	Egipto	19 de abril de 1992	No está vigente
10	El Salvador	16 de mayo de 1994	14 de enero de 1995
11	España	29 de junio de 1996	18 de junio de 1997
12	Estados Unidos	27 de agosto de 1993	11 de mayo de 1997
13	Finlandia	18 de abril de 2001	16 de diciembre de 2001
14	Francia	7 de septiembre de 1994	10 de junio de 1996
15	Guatemala	18 de abril de 2001	4 de junio de 2005
16	Honduras	26 de junio de 2000	24 de diciembre 2006
17	Italia	25 de noviembre de 2001	26 de mayo 2005
18	Nicaragua	2 de junio de 2000	9 de septiembre de 2002
19	Países Bajos	27 de junio de 1999	1 de julio 2001
20	Paraguay	28 de enero de 1994	18 de septiembre de 1995
21	Perú	7 de abril de 1999	10 de diciembre 1999
22	Reino Unido	10 de mayo 1994	24 de agosto de 1995
23	República Dominicana	26 de junio de 1998	4 de noviembre de 2006
24	Rumania	21 de marzo de 1996	18 de julio de 1997
25	Rusia	25 de abril de 1996	No está vigente
26	Suecia	31 de mayo de 2001	
27	Suiza	2 de mayo de 1968	11 de noviembre de 1969
28	Uruguay	31 de julio de 1985	
29	Venezuela	18 de noviembre de 1993	11 de febrero de 1995

Fuente: Pérez, Bustamante & Ponce

Elaborado por: Dayra Puertas

2.2. Mecanismos de solución de controversias establecidos en los TBIs

Los TBIs son instrumentos internacionales muy completos que permite a los inversionistas mantener seguras sus inversiones dentro de una economía diferente a la de su nacionalidad o residencia. Una de las garantías establecidas dentro de estos instrumentos es la cláusula de arbitraje internacional la cual permite al inversionista extranjero reclamar a un Estado el incumplimiento de alguno de los derechos establecidos en los TBIs. A continuación analizaremos más a profundidad lo que es ir a un arbitraje internacional, el proceso y el resultado del mismo.

2.2.1. Cláusula de arbitraje internacional

De acuerdo a la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, el arbitraje es un procedimiento mediante el cual se somete una controversia, por acuerdo y consentimiento de las partes, a un árbitro o tribunal de árbitros de manera que dicten una decisión sobre la controversia, la cual es obligatoria para las partes. La decisión del árbitro o del tribunal se recoge en un Laudo arbitral que tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada, la cual se podrá ejecutar exactamente igual que una sentencia de última instancia (CÁMARA DE COMERCIO DE QUITO, s.f)

En el Ecuador en la sección octava de la Constitución aprobada en 2008, en el artículo 190, se reconoce el arbitraje como un procedimiento alternativo para la solución de conflictos. Así mismo en la Ley de Arbitraje y Mediación en el artículo 1 se establece el arbitraje como un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter por mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrativo o por árbitros independientes que se conformen para conocer dichas controversias.

Como ya se había determinado, los Tratados Bilaterales de Inversión lo que buscan es una protección eficaz hacia el inversor internacional. Es por esta razón que los TBIs contienen mecanismos de solución de controversias en virtud

de los cuales el inversor puede acudir al arbitraje internacional para tratar de arreglar sus diferencias con el Estado receptor de la inversión. La cláusula de arbitraje internacional contenida en los TBIs es un recurso de protección que tiene el inversor extranjero ante cualquier incumplimiento por parte del Estado receptor de la inversión, contando con legitimación activa para efectuar el reclamo (GARCÉS DEL POZO, 2011).

Esta cláusula tiene como antecedente la aparición de dos doctrinas que establecieron el punto de partida de una tradición jurídica basada en la defensa de las ventajas territoriales del Estado nacional en materia de inversiones. La primera denominada Doctrina Drago, pretendía prohibir la utilización de la fuerza para el cobro de la deuda pública de los países de América Latina. La segunda, denominada Doctrina Calvo, llevó a los países de América Latina a imponer la llamada Cláusula Calvo en acuerdos contractuales con inversionistas extranjeros. La cláusula obligaba a los inversionistas a renunciar al recurso de protección diplomática, permitiéndoles únicamente acudir a los Tribunales del Estado receptor y bajo la legislación local en busca de una reparación por cualquier violación contractual suscitada (DORIN, 2012).

El arbitraje como método de resolución alternativo al de la administración de justicia que imparten los Estados tiene una normativa especial. Sin embargo, el Arbitraje Internacional, principalmente aquel que involucra al Estado, difiere de los sistemas de justicia local. Esto debido a que no existe una autoridad “superior” que se encargue de imponer el cumplimiento de las obligaciones, ya que a nivel internacional no existe un método coercitivo que obligue a los Estados a actuar de determinada manera. Como parte de esta noción de soberanía es prerrogativa de los Estados el someterse a una autoridad internacional para la solución de controversias que surjan con otros Estados o particulares, ya que cada uno posee sistemas de justicia diferentes al que les gustaría someterse (GARCÉS DEL POZO, 2011).

Las cláusulas arbitrales son una forma de asegurar el orden y la previsibilidad esenciales en la transacción de todo negocio internacional. Los laudos arbitrales producto de ésta cláusula de acuerdo a la Convención de Nueva

York, deben ser ejecutados de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada (art. 3). De conformidad a la Ley de Arbitraje y mediación, en el Ecuador los laudos arbitrales se ejecutarán del mismo modo que las sentencias de última instancia, siguiendo la vía de apremio. Cualquiera de las partes podrá pedir a los jueces ordinarios que ordenen la ejecución del laudo. Una vez ejecutoriado el laudo las partes deberán cumplirlo de inmediato (art. 32). El incumplimiento de un laudo ocasionaría una fuerte repercusión en los futuros tratos comerciales internacionales en los que quiera incurrir un Estado (GRANATO, 2005).

Esta es la principal razón por la que la cláusula de arbitraje internacional es tan importante, dado que no puede ser impuesta a los Estados, sino que debe haber un consentimiento por parte de las partes involucradas. Una vez que los Estados firman y ratifican los TBIs, están consintiendo ser sometidos a un determinado régimen internacional para poder resolver los problemas que pudieran ocasionarse entre Estados e inversores (GARCÉS DEL POZO, 2011).

Para la solución de diferencias jurídicas surgidas directamente de una inversión entre un Estado Contratante y el nacional de otro Estado Contratante, se utiliza el arbitraje internacional el cual puede ser independiente o ad-hoc o administrado por una institución internacional. Existen algunas instituciones internacionales que se han constituido como un régimen internacional, estas instituciones son el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), entre otras. Dependiendo del convenio, el inversionista extranjero tiene la autoridad de elegir la institución o reglas aplicables. En otros casos, se establece por acuerdo de las partes. Y por último la elección puede ser llevada a cabo por la parte que inicia el arbitraje (DORÍN, 2012).

Una cláusula típica de resolución de controversias en un convenio principalmente de inversiones incluye por lo general cuatro pasos diferentes

entre el reconocimiento por las partes de que ha surgido una controversia y la constitución de un Tribunal Arbitral, a saber:

- a) Un periodo de consulta y negociación dentro del cual se les recomienda a las partes tratar de llegar a un acuerdo amistoso.
- b) El periodo de espera el cual puede ser utilizado para llegar a un acuerdo amistoso o la preparación del arbitraje. Un periodo de entre tres y seis meses es considerado prudente antes de comenzar las acciones legales correspondientes.
- c) La elección de jurisdicción se la realiza una vez que las negociaciones hayan fracasado y el periodo de espera haya terminado. La cláusula de jurisdicción contempla tres posibles formas de solución de controversias: i) Los tribunales administrativos del Estado parte; ii) Arbitraje comercial internacional; iii) Cualquier tipo de procedimientos aplicables de solución de controversias previamente acordado. El inversor tendrá derecho a elegir la jurisdicción siempre y cuando el TBI no lo establezca.
- d) La elección de institución o reglas de arbitraje: cuando el inversor extranjero elige el arbitraje internacional como método de solución de controversias, surge entonces la cuestión de si el arbitraje debe ser institucional o no institucional. Un tipo de arbitraje no institucional o *ad-hoc* es el que tiene que ver con las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI; o el que se lleva a cabo en la Corte de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio de Paris. Mientras que el arbitraje institucional es el impartido por el CIADI. (DORÍN, 2012).

La mayoría de casos en materia de inversión se manejan a través del CIADI. Al centro le siguen las normas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (CNUDMI o UNCITRAL en inglés). La Corte Permanente de Arbitraje (CPA), en la Haya, y la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA), así como dos organizaciones, la Cámara de Comercio Internacional, con sede en Paris, y la Cámara de Comercio de Estocolmo (EBERHADRT & OLIVET, 2012).

El CIADI es un ente del Banco Mundial con sede en Washington creado en base a la necesidad de generar cooperación internacional para el desarrollo económico y la función que en ese campo desempeñan las inversiones internacionales de carácter privado. Para poder acudir a esta institución, las partes deben haber consentido por escrito en someterse al centro. Este consentimiento no podrá ser retirado unilateralmente, ni bajo ninguna condición una vez que se lo haya puesto por escrito. (CIADI, 2003).

La creación del CIADI responde por un lado al enfoque realista de la Teoría de las Relaciones Internacionales en los años sesenta, donde el conflicto era el motor de estas relaciones. La respuesta para dar solución a la conflictividad de esos días fue el CIADI, el mismo que tenía como fin ayudar al Banco Mundial y de la Corporación Financiera Internacional en sus operaciones financieras, junto con la protección de los intereses de las transnacionales, ya que sus operaciones de alcance global debían ser protegidas (GUTIÉRREZ, 2012).

Por otro lado, la creación del centro instauró un régimen internacional dentro del cual los inversionistas pasaron de ser observadores a actores. Antes de que existiera el centro, los inversionistas debían acudir a su Estado para que el mismo pueda presentar un reclamo ante un tribunal internacional. Con la creación del CIADI, el inversionista ya no debe acudir a su Estado sino que él puede hacer el reclamo directamente. Otra ventaja que presenta el CIADI para el inversionista extranjero es que se siente más seguro acerca de la imparcialidad del mismo (RODRIGUEZ BARROS & RODRIGUEZ VARGAS, 2001).

Cómo se analizó en el capítulo anterior, la nueva Constitución en su artículo 422 establece que: *“No se podrán celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas”*. Los únicos tratados e instrumentos exentos de la normativa serán aquellos que establezcan solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios y no podrán

intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia.

Con esta prohibición constitucional la cláusula de arbitraje internacional establecida en los TBIs suscritos por el Ecuador se ha visto afectada, principalmente de aquellos TBIs en los que se encontraba el CIADI como el mecanismo de solución de controversias. Este nuevo régimen constitucional acarrea serias consecuencias que se van a ver reflejadas en una disminución en cuanto a los valores de IED. El inversionista extranjero pensará dos veces antes de hacer una inversión en el país, pues el no poder llevar las controversias a una instancia internacional experimentada no les va a dar la seguridad de imparcialidad que les brinda el CIADI. Además otra consecuencia ya palpable es la denuncia a los TBIs a nivel constitucional, lo que dejaría desprotegidos a los inversionistas internacionales.

2.2.2. Laudos y decisiones arbitrales amparados en los TBIs

Una vez que las partes decidieron acudir al arbitraje internacional por una controversia suscitada entre las partes firmantes de un TBI, el Tribunal arbitral es el encargado de tomar la decisión final. La decisión del Tribunal debe ser adoptada por la mayoría de los votos de todos sus miembros y debe ser dictada por escrito y contener la firma de todos los miembros del tribunal que hayan votado a favor de la misma. Además debe contener todos los problemas planteados y debe expresar las razones en las que se fundamenta para haber tomado la decisión. Este documento se denomina laudo arbitral (DEL POZO, 2012).

El laudo es considerado como una sentencia, expedida por los árbitros del Tribunal. El laudo pone fin al proceso arbitral, ya que, resuelve la controversia que es de conocimiento de los árbitros. Esta resolución es equivalente a una verdadera sentencia judicial y tiene fuerza vinculante y es obligatorio para las partes. Es decir, el laudo arbitral es el fin que persiguen las partes cuando se someten al arbitraje y es semejante a la sentencia que dicta el juez, la diferencia radica en que la jurisdicción del juez proviene de la Ley,

mientras que la del Tribunal arbitral de la voluntad de las partes (DEL POZO, 2012).

En el Ecuador, la norma especial para la ejecución de laudos internacionales es la Ley de Arbitraje y Mediación, la cual en el art. 42, inciso final, dice que “*Los laudos dictados dentro de un procedimiento de arbitraje internacional, tendrán los mismo efectos y serán ejecutados de la misma forma que los laudos dictados en un procedimiento de arbitraje nacional*”. Es decir, tendrán efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada, y se ejecutarán igual que las sentencias de última instancia.

Todo Estado contratante debe reconocer el carácter obligatorio del laudo arbitral y deberá ejecutar las obligaciones pecuniarias impuestas por éste dentro de sus territorios, como si fuera una sentencia dictada por un tribunal del país. Si la cláusula de solución de controversias se encuentra bajo el Convenio CIADI, de acuerdo al art 53, inciso 1 del Convenio, el laudo no puede ser objeto de apelación ni de otros recursos diversos. Así mismo si existiera una diferencia entre las partes acerca del sentido o alcance del laudo, cualquiera de ellas puede solicitar la aclaración del mismo mediante escrito dirigido al Secretario General (art. 50). También las partes podrán pedir la revisión del laudo, basándose en el descubrimiento de un hecho que hubiera podido influir decisivamente en el laudo, y siempre, que al momento de dictarse el laudo, hubiera sido desconocido por el Tribunal y por la parte que pide la revisión (art. 51) (CIADI, 2003).

Como se mencionó anteriormente el cumplimiento del laudo es obligatorio para los Estados ya que laudo puede ser ejecutado casi en cualquier lugar del mundo; por ejemplo, confiscando una propiedad del Estado en cuestión en otro país (EBERHADRT & OLIVET, 2012).

Finalmente, de acuerdo al art. 52 de la Convención, cualquiera de las partes podrá solicitar la anulación del laudo mediante un escrito dirigido al Secretario General por alguna de las siguientes causas: que el Tribunal se hubiese constituido incorrectamente; que el Tribunal se hubiera extralimitado en

sus facultades; que hubiera habido corrupción de alguno de los miembros del Tribunal; que hubiera alguna infracción grave de una norma de procedimiento; y que no se hubiera expresado en el laudo los motivos en los que se funda para su decisión (CIADI, 2003).

La Convención del CIADI también establece mecanismos frente al incumplimiento del laudo del Estado condenado que intentan revertir tal postura, estos son de carácter jurídico y económico. El primer caso, está contemplado en el art. 64 y trata de una reanudación de la protección diplomática del Estado del inversor, la misma que se obtiene mediante una reclamación internacional la cual permite que una controversia interestatal pueda ser llevada ante el Tribunal Internacional de Justicia. En el caso de la sanción económica, tiene relación con la delicada posición en la que quedará el infractor frente a instituciones como el Banco Mundial, además de la grave pérdida de credibilidad ante la comunidad internacional (CIADI,2003).

El sistema de arbitraje internacional de inversiones del cual el CIADI forma parte, fue establecido por gobiernos occidentales, cuya justificación se basó en la necesidad de un régimen internacional encargado de la solución de diferencias que fuera justo y neutral a la hora de proteger a sus corporaciones y los árbitros serían los custodios de este régimen. Sin embargo con el paso de los años, este régimen se ha visto cuestionado.

De acuerdo al informe “Cuando la Injusticia es Negocio” presentado por Pia Eberhardt y Cecilia Olivet en 2012, el arbitraje internacional de inversiones no es más que un negocio dentro del cual el rol de los árbitros es el de salvaguardar el régimen de inversiones que prioriza los derechos de los inversores sobre el de los Estados. Alrededor del 55% de los casos presentados en base a tratados de inversión han sido resueltos por 15 árbitros, casi todos procedentes de Estados Unidos, Canadá o Europa, dejando nada de espacio para árbitros latinoamericanos. Estos árbitros pertenecen a firma de abogados muy conocidas a nivel internacional y están regularmente en los mismos paneles arbitrales, ejercen como árbitros y como representantes de las partes e incluso

actúan como testigos en los casos, generando preocupación en cuanto a conflictos de interés.

En 1996 solo se habían registrado 38 casos de demandas de inversionistas contra Estados por TBIs ante el CIADI. Sin embargo con el incremento de firmas de este instrumento internacional a finales de la década de 1990 se registró una ola de demandas de inversionistas contra Estados. En 2011, se registraron 450 casos inversor-Estado conocidos, la mayoría de los cuales presentados por corporaciones de países industrializados contra países del Sur (EBERHADRT & OLIVET, 2012).

Otras críticas hacia este régimen de inversiones son que el Estado no puede denunciar a un inversionista frente a estos centros u órganos internacionales por la naturaleza de los TBIs. Escasez de árbitros latinoamericanos lo que no permite tener diferentes visiones en los tribunales arbitrales. Al ser la mayoría de árbitros de origen anglosajón, el sistema derecho que utilizan es el Derecho anglosajón o common law², mientras que los países latinoamericanos estamos acostumbrados al sistema de Derecho continental europeo³. Finalmente, los países deben buscar firmas de abogados internacionales para ser representados y pagan mucho dinero por los mismos (GÓMEZ DE LA TORRE, 2014).

Algunos países han empezado a retirarse del sistema, pues lo considera injusto e incoherente. En 2011, el Gobierno australiano anunció que dejaría de incluir cláusulas sobre la resolución de diferencias inversionista-Estado en sus tratados comerciales. Bolivia, Ecuador y Venezuela han puesto fin a varios tratados de inversión y se han retirado del CIADI. Argentina, se niega a pagar laudos arbitrales. Sudáfrica está buscando la manera de poder alinear de mejor manera su política de inversiones con sus prioridades de desarrollo y no firmará nuevos acuerdos de inversión ni renovará los vigentes cuando éstos venzan (EBERHADRT & OLIVET, 2012).

² Derecho anglosajón o common law se deriva del sistema aplicado en la Inglaterra medieval, es el derecho creado por decisiones de los tribunales. Se basa más en la jurisprudencia que en las leyes.

³ Derecho continental europeo se deriva del derecho aplicado en Europa continental, cuyas raíces se encuentran en el Derecho romano, germano y canónico. Su principal fuente es la ley antes que la jurisprudencia. Sus normas están contenidas en cuerpos legales unitarios, ordenados y sistematizados.

2.2.3. Estado de los procesos arbitrales en contra del Ecuador

El Ecuador desde la década de los 90 ha suscrito 23 Tratados Bilaterales de inversión y debido a la cláusula de arbitraje de los mismos se ha visto envuelto en procesos arbitrales por incumplimiento de las cláusulas de los TBIs. Dentro de la Convención del CIADI, el Ecuador estuvo envuelto en catorce procesos arbitrales, desde el año 2001 hasta el 2009, de los cuales, once ya concluyeron y tres siguen pendientes. Dentro de los casos pendientes en el CIADI, se encuentran Perenco Ecuador Limited, Burlington Resources y Occidental. De acuerdo a datos de la Procuraduría General del Estado, el Ecuador tiene al 2013, 10 procesos arbitrales activos en contra y cinco notificaciones de existencia de controversias bajo los TBIs, (PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO, 2013).

TABLA 3

PROCESOS ARBITRALES EN CONTRA DEL ECUADOR EN EL CIADI A MARZO 2014

PROCESOS ARBITRALES CONTRA EL ECUADOR (CIADI)			
Reclamante	Fecha de Inicio	Estado	Fecha de Término
Cooperación Quiport SA y otros	30/12/2009	Concluyó	11/11/2011
Repsol YPF Ecuador, SA y otros	08/08/2008	Concluyó	09/02/2011
Burlington Resources, Inc	02/06/2008	Pendiente	
Perenco Ecuador Limited	04/06/2008	Pendiente	
Murphy Exploration and Production Company International	15/04/2008	Concluyó	15/12/2010
City Oriente Limited	19/12/2006	Concluyó	12/09/2008
Técnicas Reunidas, SA y Eurocontrol, SA	31/10/2006	Concluyó	13/05/2008
Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company	13/07/2006	Pendiente	
Noble Energy Inc. and MachalaPower Cia.Ltd	20/07/2005	Concluyó	20/05/2009
Empresa Eléctrica del Ecuador , Inc. (EMELEC)	26/05/2005	Concluyó	02/06/2009
Duke Energy Electroquil Partners and Electroquil, SA	07/10/2004	Concluyó	18/08/2008
M.C.I Power Group, L.C and New Turbine, Inc	08/04/2003	Concluyó	19/10/2009
BM World Trade Corp.	06/09/2002	Concluyó	22/07/2004
Repsol YPF Ecuador SA	05/10/2001	Concluyó	08/01/2007

Fuente: ICSID

Elaborado por: Dayra Puertas

TABLA 4**PROCESOS ARBITRALES ACTIVOS EN CONTRA DEL ECUADOR
SEGÚN LA PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO A MARZO
2014**

PROCESOS ARBITRALES ACTIVOS CONTRA EL ECUADOR (PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO)		
Reclamante	Notificación de la controversia	Estado
Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company	17/05/2006	Pendiente-CIADI
Chevron II - Chevron Texaco Corporation Y Texaco Petroleum Company	11/05/2006	Concluyó el 29 de octubre de 2013
Chevron Texaco Corporation Y Texaco Petroleum Company	09/10/2007	Pendiente-Reglas UNCITRAL Corte de la Haya
Bourlinton Resources Inc	28/11/2007	Pendiente-CIADI
Perenco Ecuador Limited	17/10/2007	Pendiente-CIADI
Merck Sharp & Dohme	08/06/2009	Pendiente- Corte del Haya
RSM Production Corporation	08/10/2009	Pendiente
Copper Mesa	20/07//2010	En espera decisión del Tribunal
Zamora Gold	07/07/2011	Pendiente
Murphy Exploration and Production Company-International	30/12/2011	Pendiente

Fuente: PGE

Elaborado por: Dayra Puertas

Entre los procesos arbitrales en contra del Estado por incumplimiento de los Tratados Bilaterales de Inversión que el país ha suscrito se encuentran activos los casos: Occidental, Chevron, Burlington, Perenco, Murphy III, RSM, MERCK, por la violación al TBI suscrito con Estados Unidos; y Copper Mesa, Zamora Gold, por incumplimiento al TBI firmado y suscrito con Canadá. Entre los procesos arbitrales más sonados se encuentran el de Occidental, Chevron, Perenco, y Bulington (PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO, 2013).

El proceso arbitral en contra del Ecuador emprendido por Occidental, comenzó con una decisión de Ecuador de declarar en el 2006 la nulidad del contrato petrolero que mantenía con la petrolera para la explotación del bloque 15, lo que fue calificado por el CIADI como una expropiación de activos. El Ecuador acusó a la petrolera de haber transferido el 40% de sus derechos en el contrato a la firma canadiense ENCANA que luego vendió su participación a Andes Petroleum, sin pedir autorización al país. El 5 de Octubre de 2012, el Estado ecuatoriano fue notificado con el laudo final del caso OXY, que lo condenó al pago de 1.770 millones de dólares más intereses. El 9 de octubre de 2012, el Ecuador presentó ante el CIADI la solicitud de anulación del laudo, la misma que fue registrada el 11 de octubre. Al momento del registro, la ejecución del laudo quedó suspendida. La solicitud de anulación se fundamentó en que el Tribunal se excedió en el ejercicio de sus competencias, sus decisiones fueron tomadas sin motivación o con motivación insuficiente o contradictoria y se violaron reglas fundamentales del procedimiento, que según el Convenio CIADI son causales de anulación de un laudo. La audiencia final tuvo lugar del 7 al 10 de abril del 2014 en París (PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO, 2013).

El caso Chevron sigue pendiente desde hace varios años debido a la magnitud de la controversia. El contrato de la petrolera tuvo validez entre 1964 y 1992, cuando la empresa decidió marcharse. En 1993 los indígenas de la Amazonía ecuatoriana decidieron entablar un juicio contra Chevron por la contaminación causada. La primera decisión judicial de este juicio se dio en el 2002, cuando el Segundo Circuito de New York, decidió que los órganos competentes eran las cortes ecuatorianas. Frente a este acontecimiento, Chevron decidió acudir ante la Corte Permanente de Arbitraje la Haya amparándose en el TBI firmado entre Estados Unidos y Ecuador. En el 2009 Chevron inicia el proceso arbitral bajo las reglas de la UNCITRAL en contra del Estado ecuatoriano alegando que el Ecuador incumplió el TBI firmado con EEUU; que Ecuador es exclusivamente responsable por la sentencia que pueda dictarse en el juicio iniciado por las comunidades de Lago Agrio. La posición del Estado es que éste último no ha incumplido el TBI y que el Estado no tiene ninguna obligación de defender a la petrolera frente a reclamos de terceros. En este

proceso todavía no hay un laudo final, sin embargo la Corte de la Haya expidió un primer laudo en 2012, dentro del cual el Ecuador debía suspender la ejecución de toda sentencia contra Chevron tanto nacional como internacionalmente (PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO, 2013).

Los casos Burlington y Perenco son muy similares, ambos datan del 2007, cuando ambas empresas entablaron demanda a la Ley 42, la cual establecía que el Estado debía participar del 99% de los ingresos extraordinarios por los altos precios del petróleo. En el 2009, el Estado quiso embargar la producción de los bloques 7 y 21 para cobrar la deuda acumulada de la Ley 42. Ante esta acción, ambas petroleras abandonaron los bloques y emprendieron un proceso arbitral. En el caso Burlington, en 2012 se recibió la decisión sobre responsabilidad ante lo cual, el Ecuador presentó el 28 de enero de 2013 una solicitud al Tribunal para que éste permita la presentación de un Memorial de Reconsideración sobre ciertas conclusiones del Tribunal que el Ecuador considera que son erróneas y que fueron fundamento para su decisión. Al respecto, el Tribunal Arbitral se pronunció señalando que los temas relativos a la reconsideración deberán ser tratados dentro de la etapa de daños. El 24 de febrero de 2013 se inició la fase de cuantificación de daños de acuerdo con el calendario acordado por las partes. La audiencia de daños posiblemente se realice en junio 2014. En cambio en el caso Perenco, en 2012 en La Haya, Países Bajos, se realizó la Audiencia para tratar los asuntos de jurisdicción pendientes y los de responsabilidad, con esto se espera una decisión por parte del Tribunal, con la cual se pasaría a una etapa de cuantificación de daños, en caso de haberlos (PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO, 2013).

En los casos de Zamora Gold y RMS el proceso arbitral se encuentran en *stand by*, se ha realizado la notificación de arbitraje pero no ha habido acciones posteriores por parte del demandante. En el caso Global, el proceso fue suspendido debido a una solicitud de las partes para llegar a un acuerdo que de por terminado el arbitraje. En el caso Murphy III, se conformó el Tribunal arbitral, se firmaron los Términos que regirán al arbitraje y se estableció un calendario. En 2013 se realizó la Audiencia de Jurisdicción en La Haya. Durante la misma el Tribunal Arbitral dispuso a las partes que hasta el 05 de julio de

2013 presenten sus respectivos informes sobre las costas irrogadas⁴. Actualmente se encuentra suspendido el proceso. Finalmente el caso de Cooper Mera se suponía que se llevaría a cabo la Audiencia de Jurisdicción y Fondo del 16 al 25 de septiembre de 2013 (PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO, 2013).

2.3. Expulsión del ordenamiento jurídico de los TBIs fuera del Ecuador

En el año 2008, el pueblo ecuatoriano aprobó la nueva Constitución de la República. La nueva Carta Magna ha traído consigo una nueva ideología y ha hecho replantear las normas y leyes que el país tenía hasta el momento. Dentro de las relaciones internacionales y principalmente en lo referente a Tratados Bilaterales de Inversión, el art. 422 intenta vetar la posibilidad de que el Estado ecuatoriano se someta a arbitraje internacional en instancias que no sean de carácter regional. Debido a esta prohibición constitucional la mayoría de los TBIs suscritos por el Ecuador han sido denunciados por el Presidente Rafael Correa por ser considerados inconstitucionales y lesivos para los intereses nacionales.

2.3.1. Proceso de denuncia

De acuerdo a la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, en la Parte V, Sección Primera, art. 42, inciso 2 , la terminación de un tratado, su denuncia o retiro de una de las partes no podrá tener lugar sino como el resultado de la aplicación de las disposiciones del tratado o de la Convención. El art. 44 de la Convención establece que el derecho de una parte a denunciar un tratado no se puede ejercer sino a la totalidad del tratado, a menos que el tratado disponga o las partes convengan otra cosa al respecto. Además dice que si la causa por la que se quiere denunciar el tratado se refiere solo a determinadas cláusulas solo se podrá alegar en caso de que dichas cláusulas puedan ser separadas del resto

⁴ Costo de los daños causados

del tratado; se desprendan del tratado o consten de otro modo; y que la continuación del cumplimiento del resto del tratado no sea injusta.

En caso de que los tratados no contengan disposiciones acerca de la terminación, denuncia o retiro de las partes, la Convención en el art. 56 establece que:

Un tratado que no contenga disposiciones sobre su terminación ni prevea la denuncia o el retiro del mismo, no podrá ser objeto de denuncia o retiro a menos: que conste que fue intención de las partes admitir la posibilidad de denuncia o retiro; o que el derecho de denuncia o de retiro pueda inferirse de la naturaleza del tratado.

La parte que decida denunciar o retirarse del tratado, deberá notificar con doce meses, por lo menos, de antelación su intención.

En el caso del Ecuador, la denuncia de un tratado aprobado corresponde al Presidente de la República, al menos que el tratado haya sido aprobado por la ciudadanía, en ese caso se debe realizar el mismo procedimiento que la aprobó (ASAMBLEA CONSTITUYENTE, 2008, art. 420).

El proceso de denuncia de los Tratados Bilaterales de Inversión comenzó en el año 2008, cuando el Ejecutivo solicita a la Asamblea Nacional la aprobación de la denuncia de 10 TBIs firmados por Ecuador. El motivo de la denuncia fue porque el Presidente Rafael Correa considera que este tipo de acuerdos contienen cláusulas contrarias a la Constitución aprobada en 2008, y lesivas para los intereses nacionales, como someter al Estado ecuatoriano a arbitrajes internacionales para la solución de conflictos suscitados por dichos acuerdos, desconociendo la jurisdicción ecuatoriana (JIJÓN LETORT, 2013). Esto fundamentado en el art. 422 de la Constitución ecuatoriana, la cual no permite celebrar tratados internacionales en los que el Estado ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional; exceptuando los tratados que establezcan instancias arbitrales regionales o por órganos de jurisdiccionales de los países signatarios cuando la parte es ciudadano de un país latinoamericano.

La denuncia a los TBIs de acuerdo a la Corte Constitucional se la puede realizar bajo el art. 62 de la Convención de Viena, la cual establece que un cambio fundamental en las circunstancias ocurrido con respecto a las existentes

en el momento de la celebración de un tratado y que no fue previsto por las partes, no podrá ser causa para dar por terminado el tratado o retirarse de él a menos que: la existencia de esas circunstancias constituyera una base esencial del consentimiento de las partes en obligarse por el tratado; y ese cambio tenga por efecto modificar radicalmente el alcance de las obligaciones que todavía deban cumplirse en virtud del tratado (COMISIÓN ESPECIALIZADA PERMANENTE DE SOBERNÍA, INTEGRACIÓN, RELACIONES INTERNACIONALES Y SEGURIDAD INTEGRAL, 2013).

Sin embargo para que el Presidente de la República pueda expedir un Decreto Ejecutivo mediante el cual se denuncie los TBIs y estos queden terminados, se necesita la aprobación de la Asamblea Nacional, esto debido a lo establecido en la Constitución en el artículo 419:

La ratificación o denuncia de los tratados internacionales requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional en los casos que:

1. *Se refieran a materia territorial o de límites ,*
2. *Alianzas políticas o militares*
3. *Contengan el compromiso de expedir, derogar o modificar una ley*
4. *Se refieran a los derechos y garantías establecidas en la Constitución;*
5. *Comprometan la política económica del Estado (...)*
6. *Comprometan al país en acuerdos de integración y comercio*
7. *Atribuyan competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional*
8. *Comprometan el patrimonio natural, la Asamblea Nacional debe aprobar la denuncia.*

2.3.2. Tratados denunciados por el Ecuador

El Ecuador desde el año 1985 hasta marzo 2014 ha firmado un total de 29 Tratados Bilaterales de Inversión de los cuales ha denunciado 23. En el año 2008 se inició el primer proceso de denuncia de los TBIs, se denunciaron 10 TBIs los cuales fueron los suscritos con Costa Rica, República Dominicana, El Salvador, Cuba, Nicaragua, Guatemala, Honduras, Uruguay, Paraguay y Rumania. En el 2010, se inició el segundo proceso de denuncia de 13 TBIs más, dentro de los que se encuentran los suscritos con: Alemania, Argentina, Canadá, Chile, China, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Países Bajos, Reino Unido, Suecia, Suiza y Venezuela. En enero de ese mismo año el Ejecutivo solicitó a la

Corte Constitucional que se pronunciara al respecto de los TBIs denunciados (PBP, 2013).

La Corte Constitucional hasta el momento se ha pronunciado sobre quince TBIs de los veintitrés denunciados, estos son los de: Alemania, Argentina, Canadá, Chile, China, España, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Italia, Países Bajos, Reino Unido, Suecia, Suiza y Venezuela; aprobando las denuncias por considerar ciertos artículos inconstitucionales, principalmente aquellos referentes a la solución de diferencias en arbitrajes internacionales (PBP,2013).

2.3.3 Procedimiento del legislativo posterior a la denuncia de los TBIs

Una vez que existe el pronunciamiento de la Corte Constitucional acerca de los TBIs denunciados, el Presidente de la República solicita a la Asamblea Nacional que apruebe la denuncia de los TBIs que ya fueron declarados inconstitucionales por la Corte Constitucional. Antes de que la Asamblea apruebe o niegue la denuncia de un TBI, la Comisión Especializada Permanente No5. de Soberanía, Integración, Relaciones Internacionales y Seguridad Integral debe enviar a la Asamblea Nacional su informe sobre la solicitud del Presidente de la República de aprobar la denuncia del TBI (PBP,2013).

Una vez que la Asamblea Nacional aprueba el informe de la Comisión entonces puede comenzar a tratar el asunto de las denuncias de los TBIs. El 14 de septiembre de 2010, en Sesión Ordinaria No. 55, el Pleno de la Asamblea Nacional aprobó la denuncia presentada por el Presidente de los TBIs con Alemania y Reino Unido. El 15 de marzo de 2011, en Sesión Ordinaria No. 95, el Pleno de la Asamblea aprobó la denuncia de los TBIs entre Ecuador y Suecia; y Ecuador y Francia. En estas sesiones estuvieron presentes funcionarios públicos, empresarios y representantes de los actores y grupos interesados en el tema (PBP,2013).

Los cuatro TBIs mencionados anteriormente aún no se encuentra emitido el Decreto Ejecutivo mediante el cual el Presidente de la República denuncie los

Tratados y de esta manera poner fin al proceso de denuncia y dar por terminado los Convenios. Hasta finales del 2013 el único TBI que ha sido declarado como terminado, es el suscrito con la República de Finlandia, el cual fue denunciado por el Presidente de la República a finales del 2010 mediante Decreto Ejecutivo No. 576 (CORREA DELGADO, 2010).

2.3.4. Periodo de carencia de los TBIs

A pesar de la denuncia de estos tratados por ser considerados inconstitucionales, la pérdida de compromisos entre los países firmantes no terminará de forma inmediata, ya que los TBIs poseen una cláusula de sobrevivencia que varía en su duración dependiendo del tratado. Es decir que la denuncia no será efectiva de forma inmediata, al contrario los TBIs tienen un cierto periodo de enfriamiento durante el cual las provisiones de los mismos están vigentes por el tiempo de duración que determine la cláusula de sobrevivencia (RUMBEA DUEÑAS, 2010)

La cláusula de sobrevivencia básicamente se refiere a que los compromisos entre las dos naciones firmantes solo se terminan una vez que haya concluido el periodo de gracia establecido en cada uno de los acuerdos. Aunque el presidente realice los Decretos Ejecutivos correspondientes en el caso de los TBIs con Alemania, Reino Unido, Suecia y Francia, estos acuerdos tendrán vigencia, entre siete y diez años más. Por ejemplo en el caso del TBI entre el Reino Unido y Ecuador la vigencia mínima del tratado es de 10 años, la notificación de terminación del tratado se la debe hacer con un año de anticipación, y la cláusula de sobrevivencia es de 15 años desde la fecha de terminación del TBI (JIJÓN LETORT, 2013)

2.3.5. Situación actual de los TBIs en el Ecuador

De los 29 Tratados Bilaterales de Inversión suscritos por el Ecuador, entre 1985 hasta marzo 2014, 16 se encuentran aún vigentes, y 13 ya no lo están. Los TBIs que ya no se encuentran vigentes son los suscritos con Costa Rica, Cuba, Egipto, El Salvador, Finlandia, Guatemala, Honduras, Nicaragua,

Paraguay, República Dominicana, Rumania, Rusia y Uruguay. El único que dejó de estar en vigor por medio de Decreto Ejecutivo es el de Finlandia en el 2010. Los TBIs con Guatemala, Honduras, El Salvador, Cuba, Nicaragua, Paraguay y República Dominicana han sido denunciados en las respectivas embajadas mediante la Nota No. 5084/GVM/DGPEI/DGT/08 del Ministerio de Relaciones Exteriores en el Registro Oficial 452 del 23 de octubre de 2008.

El TBI con Egipto perdió vigencia en 1995, ya que el mismo solo tenía una validez de tres años y fue suscrito en 1992, además el tratado nunca fue renovado. El TBI con Rumania fue denunciado por acuerdo de las partes a petición del Gobierno de la República del Ecuador mediante Nota Verbal No.4-3-10/08, de 1 de febrero, enviada a la Embajada de Rumania, en el Perú y aceptada por el Gobierno Rumano, a través de Nota Verbal No. 749, de 14 de julio de 2008. El tratado con Rusia no se encuentra vigente debido que la parte Rusa no culminó el proceso necesario para que éste entre en vigencia (PBP, 2013).

Como se señaló anteriormente, cuatro TBIs ya están por finalizar el proceso de denuncia y solo falta el Decreto Ejecutivo por parte del Presidente de la República, estos tratados son los sostenidos con Alemania, Francia, Reino Unido y Suecia. Los TBIs con Chile, China, Países Bajos y Venezuela que también fueron denunciados, la Asamblea Nacional no aprobó el informe de la Comisión con respecto a la solicitud del Presidente de la República de denunciar dichos tratados.

En cuanto a los TBIs denunciados que han sido suscritos con Argentina, Canadá, Estados Unidos y Suiza, la Asamblea Nacional hasta marzo del 2014 no tiene pronunciamiento sobre el informe de la Comisión con respecto a la solicitud del Presidente de la República de realizar la denuncia. En el caso de los TBIs con Bolivia y Perú, la Corte constitucional hasta marzo del 2014 no ha emitido su dictamen. Finalmente, en la denuncia del TBI con Italia, el Presidente hasta marzo 2014 todavía no ha solicitado a la Asamblea la aprobación para su denuncia (PBP, 2013).

TABLA 5**SITUACIÓN ACTUAL DE LOS TBIs FIRMADOS POR EL ECUADOR A MARZO 2014**

	TRATADO	SITUACIÓN
1	Alemania	Falta decreto Ejecutivo
2	Argentina	Asamblea Nacional no tiene pronunciamiento acerca del informe de la Comisión
3	Bolivia	Corte Constitucional no ha emitido dictamen
4	Canadá	Asamblea Nacional no tiene pronunciamiento acerca del informe de la Comisión
5	Chile	Asamblea Nacional no aprobó el informe de la Comisión
6	China	Asamblea Nacional no aprobó el informe de la Comisión
7	Costa Rica	No está vigente
8	Cuba	No está vigente
9	Egipto	No está vigente
10	El Salvador	No está vigente
11	España	No ha sido denunciado
12	Estados Unidos	Asamblea Nacional no tiene pronunciamiento acerca del informe de la Comisión
13	Finlandia	No está vigente por decreto Ejecutivo
14	Francia	Falta decreto Ejecutivo
15	Guatemala	No está vigente
16	Honduras	No está vigente
17	Italia	Presidente no ha solicitado a la Asamblea la aprobación para su denuncia
18	Nicaragua	No está vigente
19	Países Bajos	Asamblea Nacional no aprobó el informe de la Comisión
20	Paraguay	No está vigente
21	Perú	Corte Constitucional no ha emitido dictamen
22	Reino Unido	Falta decreto Ejecutivo
23	República Dominicana	No está vigente
24	Rumania	No está vigente
25	Rusia	No está vigente
26	Suecia	Falta decreto Ejecutivo
27	Suiza	Asamblea Nacional no tiene pronunciamiento acerca del informe de la Comisión
28	Uruguay	No está vigente
29	Venezuela	Asamblea Nacional no aprobó el informe de la Comisión

Fuente: Pérez, Bustamante & Ponce

Elaborado por: Dayra Puertas

Como se pudo analizar, los Tratados Bilaterales de Inversión son instrumentos internacionales creados por los Estados para proteger al inversionista extranjero permitiéndole demandar al Estado receptor de la inversión en caso de algún incumplimiento. Para poder realizar el reclamo, los inversionistas se encuentran amparados en la cláusula de arbitraje internacional la cual consta en todos los TBIs.

La denuncia realizada por el Presidente de la República a la mayoría de TBIs suscritos por el Ecuador se debe a que los mecanismos de soluciones propuestos en los mismos están sujetos a instancias internacionales como el CIADI, y a las reglas UNCITRAL conformando un Tribunal ad-hoc. Bajo reglas UNCITRAL, las instancias a las que los inversionistas acuden a realizar reclamos son: la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya (Países Bajos), Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA), así como dos organizaciones, la Cámara de Comercio Internacional, con sede en París, y la Cámara de Comercio de Estocolmo. Instancias que han sido vetadas por la Constitución actual del Ecuador.

CAPITULO III

LAS ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS SURGIDAS ENTRE EL ESTADO Y LOS INVERSIONISTAS EXTRANJEROS

3.1. La legislación y el régimen de solución de controversias en el Ecuador

En el país, para solucionar las controversias entre los inversionistas extranjeros y el Estado existen varios modos de solución: mediación, arbitraje establecido en los TBIs o en los contratos de inversión, y procesos judiciales en el país. Estos mecanismos establecidos se encuentran regulados, especialmente, en la Constitución de 2008 y en el COPCI.

De los diversos medios existentes, uno de especial relevancia es el arbitraje ya que es el que se encuentra establecido en los denominados TBIs que el Estado ecuatoriano firmó con otros Estados para resolver los conflictos que surjan entre inversionistas de ese Estado y el Ecuador. Como es de conocimiento público, el gobierno actual, ha procedido a denunciar varios de estos convenios y otros se encuentran en trámite de hacerlo, aduciendo para ello que violan disposiciones establecidas por la Constitución vigente. Por la importancia de este mecanismo, a continuación revisaremos el marco constitucional y legal utilizado por el gobierno para la denuncia de los TBIs.

3.1.1. Análisis constitucional

Para comenzar el análisis constitucional de la denuncia de los TBIs, es importante hacer referencia a la fecha en que estos tratados fueron celebrados, es decir entre los años 1990 y 2005, donde las disposiciones contenidas en los artículos de los tratados firmados concordaban con lo que establecía la legislación de ese entonces. Por ejemplo, el Capítulo VI "De los Tratados Internacionales" de la Constitución Política de 1998, establecía en su artículo 161 que el Congreso Nacional podía aprobar o improbar diversos tratados y convenios internacionales, entre los que incluía los relacionados con acuerdos de integración y con los que atribuían a un organismos internacional o supranacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución y la ley,

por lo que estos tratados, de acuerdo a la Corte fueron constitucionales a la fecha en que fueron firmados y suscritos. El mecanismo para resolución de conflictos establecido en los TBIs fue el arbitraje que debía ser administrado por el CIADI.

En la actual Carta Magna de la República del Ecuador, en el artículo 419 se mantiene la posibilidad de firmar tratados y convenios internacionales en los mismos supuestos que lo establecía la constitución de 1998; sin embargo, en el artículo 422 de manera expresa se establece que *“No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas.”* En el segundo inciso del mismo artículo se exceptúa de esta prohibición a "los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios."

No hay que olvidar que tanto la Constitución de 1998 como la del 2008 reconocen como válidos al arbitraje, la mediación y a otros medios de solución alternativa de conflictos, con la limitación de que se resuelvan por estos medios conflictos relacionados con materias transigibles. En la actual Constitución, expresamente se establece que *“En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley”*; esto es, que en los casos en que sea parte el Estado, los árbitros deben fallar conforme a derecho, esto es, *“atenerse a la ley, a los principios universales del derecho, a la jurisprudencia y a la doctrina”* (COMISIÓN DE LEGISLACIÓN Y CODIFICACIÓN, 2006) (art. 3 inciso tercero) y no de acuerdo a su *“leal saber y entender y atendiendo a los criterios de la sana crítica”* (COMISIÓN DE LEGISLACIÓN Y CODIFICACIÓN, 2006) (art. 3, inciso segundo).

Hay que tener en cuenta que el Estado Ecuatoriano ha ratificado varios Convenios sobre arbitraje internacional como son: la Convención de Nueva York, la Convención de Panamá sobre Arbitraje Comercial Internacional y la Convención del CIADI. Todos los TBIs firmados por el país tienen cláusulas de

arbitraje a ser resueltos por el Centro de Arbitraje Internacional del CIADI o a través de reglas UNICITRAL en otros Centros de Arbitraje Internacionales (RIOFRÍO, 2011).

El gobierno ecuatoriano con fundamento en lo que establece el artículo 422 de la actual Constitución ha comenzado el proceso de denuncia de la mayoría de TBIs que ha firmado el país. A pesar de que este proceso se encuentra en marcha, todavía la mayoría de TBIs se encuentran vigentes, debiendo tenerse en cuenta que todos los tratados denunciados tienen cláusulas de sobrevivencia que les permitirá, dependiendo del TBI, continuar vigentes hasta por un periodo de 10 años contados a partir de la finalización del proceso de denuncia (RIOFRÍO, 2011).

El proceso de denuncia de un TBI se encuentra regulado por la Constitución y otras normas secundarias. El proceso contempla que una vez realizada la solicitud de denuncia por parte del Ejecutivo, la Asamblea Nacional requerirá el dictamen de constitucionalidad de la Corte Constitucional, previo a la aprobación legislativa de la denuncia. La Corte Constitucional debe hacer un análisis jurídico-constitucional del TBI denunciado y en la mayoría de los dictámenes hasta ahora realizados, la Corte encuentra que las disposiciones de los mismos guardan concordancia con los principios y normas constitucionales; sin embargo, encuentra problemas de constitucionalidad en el articulado referido a la solución de controversias (CORTE CONSTITUCIONAL, 2010).

En la mayoría de los TBIs firmados por el Ecuador se contempla que en caso de controversias, las partes (Estado o inversionistas) se someterán a la decisión del CIADI, siempre que no hayan podido llegar a un acuerdo mediante los mecanismos locales, para lo cual se establece un plazo de seis meses. Los artículos referidos a este mecanismo de solución de conflictos han sido observados como inconstitucionales por la Corte Constitucional, debido a que violarían lo establecido en el primer inciso del art. 422 y en otros artículos de la Constitución de la República del Ecuador (CORTE CONSTITUCIONAL, 2010).

La Corte justifica su dictamen siguiendo el siguiente razonamiento: El primer inciso del artículo 422 de la Constitución establece que: a) *“La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica [..].”*, y, b) que el artículo 422 señala que *“No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas”* (CORTE CONSTITUCIONAL, 2010). Quienes se oponen a la denuncia de los TBIs creen que se está realizando una interpretación extensiva de la norma, ya que el artículo 422 prohíbe celebrar convenios para solucionar controversias mediante arbitraje internacional sólo en controversias derivadas de asuntos contractuales o comerciales, pero que no menciona las diferencias originadas en la aplicación de los TBIs; por ejemplo, puede existir una inversión amparada por un TBIs, que puede ser contractual, pero la controversia girar en torno al cambio de legislación o la violación de una norma de derecho internacional prevista en el tratado y no en el contrato (RIOFRÍO, 2011).

Otro argumento para oponerse a la denuncia de los tratados establece que la Corte constitucional al realizar el análisis de los TBIs, confunde lo que son los Tratados Bilaterales de Inversiones, con los Tratados de Comercio. Los Tratados de Comercio tratan sobre normas de Derecho Internacional Público, ya que se refiere, entre otras cosas, a temas arancelarios para el intercambio de bienes y servicios entre dos Estados; mientras que los Tratados Bilaterales de Inversión tratan el área de las inversiones internacionales, que es diferente al Derecho Internacional Público aunque se relacione con él. Otra diferencia importante entre estos tratados es que en los Tratados de Comercio, solo los Estados pueden ser sujetos de derecho, por ende solo ellos pueden realizar reclamaciones; mientras que en los TBIs ya no solo están los estados sino también los inversionistas (ALBÁN SÁNCHEZ, 2010).

Más allá de las discusiones jurídicas, de la propia lectura del artículo 422 queda clara que la posición política del gobierno, plasmada en la Constitución,

prohíbe ceder jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, pero sólo cuando el arbitraje se lo realice fuera de Latinoamérica, como expresamente lo establece el inciso segundo del tantas veces mencionado artículo 422. Al parecer, las experiencias que el gobierno ha tenido en centros internacionales de arbitraje de fuera de Latinoamérica es el verdadero fundamento de esta norma, ya que fundamentarlo en que no se debe “ceder soberanía a instancias de arbitraje internacional” establecido en el artículo 422, se cae por su propio peso al cederla a instancias u órganos establecidos en Latinoamérica.

3.1.2. Análisis legal

El cambio de Constitución también significó para el país el cambio de las leyes con el objetivo de adecuarlas al nuevo marco constitucional. Los temas relacionados con la inversión extranjera y los tratados y convenios también fueron tratados por las leyes, sin olvidar que para su comprensión es necesario revisar lo que establece la legislación internacional sobre estos temas.

Respecto de la denuncia de los TBIs es necesario acotar que se da en momentos en que a nivel mundial proliferan tratados y convenios, debido principalmente a que la interdependencia entre países es cada vez mayor por lo que se han creado derechos y obligaciones entre las partes, a través de tratados y convenios, es decir entre Estados, para poder funcionar mejor. Es a causa de esta razón que una de las disciplinas que más se ha desarrollado en los últimos años es el derecho de los tratados, pasando de ser derecho consuetudinario a un derecho codificado⁵ (TREJO GARCÍA, 2006).

Obviamente, la denuncia de los TBIs, es un acto unilateral soberano y es un acto totalmente lícito y se encuadra perfectamente en la práctica internacional; sin embargo, hay que considerar las consecuencias que ello tendrá. A nivel internacional la propia Convención de Viena en su artículo 62 establece que cualquiera de las partes de un convenio o tratado puede darlo por terminado o retirarse si existe un cambio fundamental de las circunstancias que

⁵El derecho codificado es el derecho ordenado y sintetizado en normas jurídicas que facilitan la función de jueces y estudiosos del derecho.

lo llevaron a firmarlo. En nuestro caso, el cambio de Constitución, es el fundamento para la denuncia de los TBIs.

Sin embargo, hay que anotar que la Convención de Viena también especifica en su artículo 56 que un tratado no podrá ser objeto de denuncia a menos que así lo hayan acordado las partes o que el derecho de denuncia pueda inferirse de la naturaleza del mismo tratado. Y que en caso de que una de las partes quiera denunciar un tratado o convenio deberá notificar su intención a la otra parte, con al menos doce meses de anticipación. En el caso de la denuncia de los TBIs, ésta intención fue notificada a las partes una vez que el Ejecutivo inició el trámite de denuncia ante la Asamblea.

Para finalizar el análisis, la Corte Constitucional considera que en ciertos TBIs, como es el caso de Ecuador con Estados Unidos, no es necesario denunciar todo el tratado, sino solamente los artículos que no guardan armonía con el texto constitucional (CORTE CONSTITUCIONAL, 2010). Al respecto hay que destacar que de acuerdo al artículo 44 de la Convención se especifica que un tratado debe ser denunciado en su totalidad y no por partes. Si el Gobierno llega a considerar que ciertos artículos del tratado no son válidos o convenientes para el Estado, se debe denunciar la totalidad del tratado o renegociar las cláusulas conflictivas.

Dentro de la legislación ecuatoriana, en el COPCI, el artículo 27 establece que los contratos de inversión podrán tener cláusulas arbitrales para resolver las controversias que se presentan entre el Estado ecuatoriano y los inversionistas. Expresamente establece que los conflictos podrán ser sometidos a arbitraje nacional o internacional de conformidad con los Tratados vigentes de los cuales el Ecuador forma parte, sin especificar que las instancias de arbitraje internacional solo pueden ser de carácter regional o en Latinoamérica; al contrario, hablan de los Tratados vigentes, dentro de los cuales se encuentran muchos TBIs que aún no han sido denunciados y que establecen como instancia de resolución de conflictos al CIADI, que se encuentra fuera de Latinoamérica. A pesar de lo que establece el COPCI, hay que tener en cuenta que la Constitución es la ley suprema del Estado y todo lo que se le oponga carecerá de

eficacia jurídica como lo manda expresamente el artículo 424 de la propia Constitución. Asimismo, en el artículo 425 de la Constitución encontramos que en el orden jerárquico establecido, los tratados y convenios internacionales se encuentran por debajo de la Constitución, lo cual entra en directa contraposición con lo que establece la Convención de Viena que estipula: *“los instrumentos internacionales deben cumplirse y no es posible oponer normas de derecho interno para incumplir dichos compromisos”*. (art. 27).

A la contradicción legal anotada hay que sumar el hecho de que el Derecho de los Tratados, afirmado por la Carta de las Naciones Unidas a través del *Pacta Sunt Servanda* plantea que los Estados y las demás personas internacionales quedan obligadas por los tratados celebrados y que hayan entrado en vigor, los cuales deben cumplirse de buena fe (UNIED NATIONS, 1969).

Estas contradicciones legales afectan directamente a la seguridad jurídica, entendida como *“la garantía dada al individuo de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán objetos de ataques violentos o que, si éstos llegan a producirse, le serán aseguradas por la sociedad, protección y reparación”* (J.T.DELOS, 1994). Como sabemos los inversionistas no solo buscan rentabilidad sino también la seguridad de recuperar su inversión y utilidades obtenidas, por lo que los cambios o contradicciones en las leyes no contribuyen a atraer la IED al país.

3.1.3. Comisión integral Ciudadana para la Auditoría de los Tratados de protección Recíproca de inversiones y del sistema de arbitraje internacional (CAITISA)

El 6 de mayo de 2013 entró en vigencia el decreto mediante el cual se crea la Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del sistema de Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones (CAITISA), adscrita a la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo.

La Comisión fue creada de acuerdo a los artículos 339 y 422 de la Constitución. El primero hace referencia a la inversión extranjera directa, la cual

estará sujeta a un estricto respeto del marco jurídico y de las regulaciones nacionales, y orientada hacia las necesidades y prioridades definidas por el Plan Nacional de Desarrollo. El segundo hace referencia a lo que se ha mencionado ya anteriormente respecto a que el Estado ecuatoriano no podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los cuales ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional en controversias contractuales o de índole comercial entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas (CORREA, 2013).

Sin embargo, parecería que la causa más importante para la creación de esta Comisión se encontrará primero en la urgente necesidad de realizar una revisión de los TBIs que ha suscrito el Ecuador hasta el momento y que ya han sido denunciados por parte del Ejecutivo. Y segundo, la inconformidad del gobierno con las decisiones de arbitrajes internacionales que han condenado al Ecuador a pagar cuantiosas sumas de dinero a compañías extranjeras.

La Auditoría Integral Ciudadana está dirigida a examinar y evaluar el proceso de firma y negociación de los TBIs y otros acuerdos de inversión suscritos por el Ecuador; ver qué tan compatibles son con la legislación ecuatoriana; la validez y la pertinencia de la actuación y procedimientos adoptados y de los laudos y decisiones emitidos por órganos y jurisdicciones que son parte del sistema de arbitraje internacional. Es así que el objetivo principal de CAITISA, de acuerdo al decreto, es el de determinar la legalidad, legitimidad de las decisiones e identificar la inconsistencia e irregularidades que hayan o puedan provocar inconvenientes al Estado ecuatoriano en términos económicos, sociales y ambientales (CORREA, 2013).

La duración de ésta Comisión será de 8 meses y si es necesario podría haber una extensión de 8 meses más. Deberá definir una metodología para realizar la auditoría de cada uno de los TBIs y laudos arbitrales que posee el país. La Comisión comenzó a trabajar en octubre del 2013, debe presentar informes de avance cada 2 meses. Hasta abril del 2014 solo se ha presentado el primer informe, el cual establece más o menos como será la forma de trabajar de la Comisión, la cual está dividida en tres subgrupos: los TBIs, los laudos

arbitrales y la incidencia que tiene en la economía del país y en el desarrollo. El presupuesto de la Comisión es de 1 millón de dólares, el cual podría subir a dos millones dependiendo de los gastos en los que incurra la comisión (EL UNIVERSO, 2013).

No se ha definido bien cuál será la verdadera función de esta Comisión, pues lo que la Comisión va a hacer es evaluar el material y dar su punto de vista al respecto, más no va a recomendar por ejemplo si debe proseguir o no el trámite de los 23 TBIs que fueron denunciados por el Ejecutivo. Además no está claro en base a qué va a declarar que un laudo es ilegal o ilegítimo, qué criterios va a utilizar.

3.2. Mecanismos de solución de controversias utilizados por el gobierno ecuatoriano en materia de inversiones

Entre los mecanismos de solución de controversias que el gobierno ecuatoriano está utilizando en materia de inversiones se encuentran: la Negociación, Mediación, Arbitraje Nacional o internacional, y Procesos judiciales

3.2.1. Métodos de solución de controversias utilizados luego de la denuncia de los TBIs.

Como se anotó anteriormente, para los inversionistas extranjeros protegidos por los TBIs, existe una cláusula arbitral para la resolución de controversias que surjan con el Ecuador, que aun en el caso de los TBIs denunciados seguirá vigente por algún tiempo. Para los inversionistas no amparados por los TBIs, el Estado ha considerado algunos métodos para la solución de los conflictos que surjan con los inversionistas extranjeros. A continuación revisaremos tanto el arbitraje establecido en los TBIs como los otros métodos de solución de controversias que existen para resolver conflictos entre inversionistas y el Estado ecuatoriano.

En cuanto los arbitrajes que surjan al amparo de los TBIs, al parecer no existe obstáculo alguno para que el inversionista extranjero proponga acciones en contra del Estado ecuatoriano o sus instituciones, aún en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), si han sido ratificados antes de la vigencia de la nueva Constitución. Como sabemos, a más del CIADI, el Ecuador ha reconocido la competencias de algunos Centros de Arbitraje Internacional para resolver sus diferencias con los inversionistas extranjeros, entre ellos: la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), entre otras (DORÍN, 2012), aunque es cierto que la mayoría de TBIs señalan con Centro de Arbitraje al CIADI cuya sede se encuentra en Washington. Ecuador aceptó la competencia de este organismo con la ratificación de la Convención de Washington en 1986.

El 6 de julio de 2009, el Ecuador a través de una notificación enviada al Secretario General del CIADI, denunció la Convención. Dentro de las razones del país para la denuncia se encuentra que este sistema no fue concebido para atender tantos y tan heterogéneos casos de arbitraje. Por ejemplo en los últimos 18 años se han firmado alrededor de 3000 tratados bilaterales de inversión, de los cuales el 80% establece al CIADI como la instancia arbitral. Los árbitros de países en desarrollo son minoría lo que provoca que los juicios de los árbitros que son ajenos y hasta ignorantes de las particularidades de estos países, no sean completamente objetivos. No existe uniformidad en la estructura del arbitraje, pues depende de los Estados Contratantes el contenido de los tratados que firman (GUTIÉRREZ, 2012). El artículo 71 de la Convención establece que la denuncia tendrá efecto seis meses después de recibida la notificación y no afecta a los arbitrajes o consentimientos aceptando la jurisdicción iniciados o dados antes de dicha notificación.

Ante este hecho, el gobierno ecuatoriano, a fin de dar garantías a los inversionistas, incluyó en el Código de la Producción el denominado Contrato de Inversión, el cual es básicamente un acuerdo que se firma entre el inversionista extranjero y el Estado ecuatoriano a través del ministerio que corresponda y por el cual, la resolución de las controversias se realizará

mediante arbitrajes regionales. Con estos contratos de inversión, el inversionista no está amparado por los TBIs sino por el contrato en que se decidirá el Centro que administrará el proceso de arbitraje, y las leyes a aplicarse. (GÓMEZ DE LA TORRE, 2014).

Los denominados Contratos de Inversión no solamente regulan el arbitraje, sino que en caso de controversias establecen varios métodos de resolución de conflictos antes de llegar al arbitraje, en una suerte de proceso de resolución de conflictos que debe seguirse por las partes contratantes. El procedimiento consta en el siguiente gráfico:

GRÁFICO 8

PROCEDIMIENTO A SEGUIR EN CASO DE UNA CONTROVERSIA



Fuente: COPCI
Elaborado por: Dayra Puertas

Cuando surja una controversia relacionada con un Contrato de Inversión, el COPCI establece en su artículo 27 que las controversias que se hubieren agotado completamente por la vía administrativa, intentarán solucionarse de manera amistosa, con diálogos y negociaciones directas por el término de 60

días. Entendemos, que la negociación obligatoria entre las partes lo que busca es llegar a acuerdos que satisfagan a las dos partes. Para poder dar inicio al proceso de negociación, el inversionista o la empresa receptora deberán solicitar por escrito a la autoridad nacional en materia de inversiones, el inicio de este procedimiento. La fecha de presentación de esta solicitud, será la fecha de inicio formal de diálogos y negociaciones directas. Se intentará realizar estas negociaciones de manera presencial o por cualquier medio tecnológico disponible por un plazo de 60 días. Si las partes llegan a un acuerdo total o parcial, el inversionista o la institución estatal no podrán someter los acuerdos alcanzados a otros medios de solución de controversias (ASAMBLEA NACIONAL, 2010).

Si las partes no llegasen a un acuerdo, el mencionado artículo 27 del COPCI estipula que deberá entonces existir una instancia obligatoria de mediación dentro de los siguientes tres meses a la fecha de inicio formal de las negociaciones directas. Hay que tener en cuenta que según la Ley de Arbitraje y Mediación *“la mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, mediante un tercero neutral, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extra-judicial y definitivo, que ponga fin al conflicto”* (ASAMBLEA NACIONAL, 2010).

La solicitud de mediación deberá ser por escrito y deberá presentarse en cualquier momento dentro del mes siguiente a la terminación del periodo de diálogos. Se la realizará conforme a las reglas de la Ley de Arbitraje y Mediación, en cualquier centro de mediación registrado en el Consejo de la Judicatura a elección de la parte reclamante. El mediador será designado por el referido Centro. El proceso de mediación deberá desarrollarse en un plazo máximo de un mes desde la fecha de presentación de la solicitud. El procedimiento concluye con la firma de un acta en la que conste el acuerdo total o parcial, o la imposibilidad de llegar a un acuerdo. El acta de mediación tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada y se ejecuta del mismo modo que las sentencias de última instancia (ASAMBLEA NACIONAL, 2010).

Si luego de esta instancia de mediación la controversia persiste, el mismo artículo 27 arriba mencionado establece que "el conflicto puede ser sometido a arbitraje internacional, de conformidad con los Tratados vigentes, de los cuales el Ecuador forma parte. Las decisiones de ese Tribunal Arbitral serán en derecho, la legislación aplicable será la ecuatoriana y los laudos serán definitivos y obligatorios para las partes." El arbitraje podrá ser iniciado por cualquiera de las partes hasta seis meses después de agotada la vía administrativa. De acuerdo al contrato de inversiones tipo propuesto por Proecuador, se establece que el procedimiento arbitral se llevará bajo las reglas del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, CNUDMI de 1976; la administración estará a cargo de la Corte Permanente de Arbitraje con sede en la Haya; la sede del arbitraje será Santiago de Chile; el idioma del procedimiento será el castellano; el arbitraje será en Derecho y la normativa aplicable al fondo de la controversia, será el derecho ecuatoriano. El Tribunal estará compuesto por tres miembros, cada una de las partes designará a un miembro, y el tercero, que actuará como Presidente del Tribunal Arbitral, será designado de común acuerdo por las partes. Los costos del procedimiento serán cubiertos en partes iguales, a no ser que el laudo del Tribunal decida lo contrario (ASAMBLEA NACIONAL, 2010).

En el inciso final del artículo 27 del COPCI encontramos que si "Luego del término de 6 meses de haber agotado la vía administrativa, las partes no han llegado a un acuerdo amistoso, ni sometieron la controversia a arbitraje, la controversia se someterá a conocimiento de la justicia ordinaria nacional. No se someterá a arbitraje asuntos tributarios" (ASAMBLEA NACIONAL, 2010). En caso de someterse los casos a la justicia ecuatoriana, el inversionista tendrá los mismos derechos y obligaciones que el resto de ecuatorianos que acuden ante un juzgado o tribunal de Justicia ecuatoriano.

El gobierno, en la actualidad, en los contratos de inversión que ha suscrito se acoge a las reglas UNCITRAL, para los arbitrajes internacionales, fijando como sede la Cámara de Comercio de Chile, en Santiago de Chile y la Cámara de Comercio de Panamá. El Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración ha promovido grupos de trabajo en materia de inversión,

tanto en el marco de la UNASUR, así como en el del Foro ARCO del Pacífico, para la creación de alternativas regionales para la solución de conflictos que se puedan suscitar entre el Estado ecuatoriano y los inversionistas extranjeros (GÓMEZ DE LA TORRE, 2014).

Además el gobierno se encuentra delineando una propuesta sustitutiva de los TBIs, el documento sería denominado Convenio de Inversiones para el Desarrollo (CID), en el cual se plantearía que el Ecuador, en su condición de país en desarrollo, tenga un trato diferenciado y especial, según la parte con la cual se va a negociar (GÓMEZ DE LA TORRE, 2014). Lamentablemente aún el gobierno no cuenta con una propuesta definitiva de un CID, es decir de como estaría estructurado, las cláusulas que incluiría, la cláusula de solución de controversias, entre otras; que nos permita analizar y comentar adecuadamente acerca de la propuesta.

3.2.2. Análisis de casos

A continuación haremos una breve revisión de los casos en los que el Estado ecuatoriano ha tenido controversias con inversionistas extranjeros.

El Ecuador ha acudido a arbitraje internacional bajo reglas CIADI y bajo reglas UNCITRAL; sin embargo, a partir de la denuncia del CIADI, se ha venido manejando reglas UNCITRAL en las Cortes de la Haya con sede en Chile, y en las Cámaras de Comercio de Londres, Estocolmo y Panamá (GÓMEZ DE LA TORRE, 2014).

La información sobre los arbitrajes en los que ha intervenido el Ecuador es escasa y en algunos casos nula. De la información encontrada en Procuraduría y en la página Web del CIADI, se pudo encontrar información acerca de 16 casos que se muestran a continuación:

TABLA 6**PROCESOS DE ARBITRAJE INTERNACIONAL TERMINADOS A MARZO 2014**

No	Demandante	Demandado	Reglas	Monto solicitado
1	Occidental Petroleum Corporation	República del Ecuador	CIADI	US\$3.370 millones
2	Cooperación Quiport SA y otros	República del Ecuador	CIADI	
3	Repsol YPF Ecuador, SA y otros	República del Ecuador	CIADI	
4	Murphy Exploration and Production Company International	República del Ecuador	CIADI	
5	City Oriente Limited	República del Ecuador	CIADI	Ley 42 más daños
6	Técnicas Reunidas, SA y Eurocontrol, SA	República del Ecuador	CIADI	US\$ 120 millones más daños
7	Noble Energy Inc. and MachalaPower Cia.Ltd	República del Ecuador	CIADI	US\$ 371 millones
8	Empresa Eléctrica del Ecuador , Inc. (EMELEC)	República del Ecuador	CIADI	
9	Duke Energy Electroquil Partners and Electroquil, SA	República del Ecuador	CIADI	USD 25.000.000 más intereses
10	M.C.I Power Group, L.C and New Turbine, Inc	República del Ecuador	CIADI	US\$ 75 millones
11	IBM World Trade Corp.	República del Ecuador	CIADI	
12	Chevron I	República del Ecuador	Juez NY	
13	Chevron II - Chevron Texaco Corporation Y Texaco Petroleum Company	República del Ecuador	UNCITRAL	US\$ 1605 millones
14	ENCANA	República del Ecuador	UNCITRAL	IVA pagado más daños
15	Vatadur	República del Ecuador	CIAC	US\$ 398 millones
16	PETROBRAS	República del Ecuador		Ley 42 más daños

Fuente: ICSID Y PGE
Elaborado por: Dayra Puertas

De acuerdo al cuadro anterior la mayoría de casos de arbitraje internacional se han llevado a cabo en el CIADI, de los 16 casos solo 2 han sido bajo reglas UNCITRAL.

Los ocho casos de los cuales no se ha encontrado ningún tipo de información de cómo fueron resueltos son los llevados a cabo con: China Oil Corp (2011), Petroriental (2011), Ulyseas (2012), CGC (2010), Odebrech

(2010), Zamora Gold, TBI EC-EUA y Murphy II (2011) (GAIBOR FLOR, 2013).

Además el Ecuador posee 9 casos de arbitraje activos con: OXY II, Burlington, Zamora Gold, Merck, Unete, Chevron III, Cooper Mesa, RSM Company y Perenco.

3.2.3. Resultados

Sobre los resultados vamos a revisarlos en dos niveles: los obtenidos en los arbitrajes por las partes y los resultados de la denuncia de los TBIs en la IED que llega al país.

De la información encontrada y de los casos analizados anteriormente podemos establecer lo siguiente: de los 24 arbitrajes internacionales en contra del Ecuador ya terminados, de 8 no se tiene información de cómo fueron resueltos y si los mismos fueron favorables o no para el Estado. De los 16 restantes que poseen algún tipo de información, seis se resolvieron a través de acuerdos entre las partes, cinco mediante laudos arbitrales, tres por resoluciones del Tribunal en cuanto a la competencia del mismo para resolver la controversia y dos por retiro de las denuncias arbitrales.

De los casos de arbitraje internacional en los que se ha encontrado el Estado ecuatoriano, no todos terminaron con un laudo arbitral a favor de alguna de las partes, sino que se llegó a un acuerdo entre las mismas, lo que da cuenta que el arbitraje internacional no es la única forma de solucionar controversias entre los inversionistas y Estado.

De acuerdo a la tabla anterior, el Ecuador ha puesto fin a más procesos arbitrales llegando a acuerdos con las partes, es decir a través de la negociación, que a través de laudos arbitrales. Los procesos arbitrales terminados con laudo del Tribunal son pocos y han sido a favor del Estado ecuatoriano, si bien no en todos los casos han sido totalmente favorables para el Estado, han sido

parcialmente favorables para el mismo de acuerdo a la percepción de la Procuraduría General el Estado (GAIBOR FLOR, 2013).

Dentro de los acuerdos amistosos a los que llegó el Ecuador con algunas compañías como son Repsol, Petrobras, IBM, entre otras, se encuentran los Acuerdos Transaccionales. La información acerca de los acuerdos a los que ha llegado el Ecuador y si éstos han sido favorables o no para el Estado no se sabe pues no han sido publicados.

TABLA 7**RESULTADOS DE LOS PROCESOS DE ARBITRAJE INTERNACIONAL TERMINADOS A MARZO 2014**

No	Demandante	Demandado	Reglas	Monto solicitado	Resolución final	Fecha de resolución	Resultado
1	Occidental Petroleum Corporation	República del Ecuador	CIADI	US\$3.370 millones	El tribunal notificó al Ecuador que debía pagar US\$ 1.770 millones de dólares más intereses.	5-oct-12	Laudo parcialmente favorable para el Ecuador
2	Cooperación Quiport SA y otros	República del Ecuador	CIADI		La compañía retiró la solicitud arbitral.	4-feb-11	Acuerdo entre las partes
3	Repsol YPF Ecuador, SA y otros	República del Ecuador	CIADI		La compañía retiró la solicitud arbitral.	9-feb-11	Acuerdo entre las partes
4	Murphy Exploration and Production Company International	República del Ecuador	CIADI		El compañía retiró la solicitud arbitral	15-dic-10	Demandante retiró solicitud de arbitraje
5	City Oriente Limited	República del Ecuador	CIADI	Ley 42 más daños	Se resolvió mediante acuerdo entre las partes dándole fin al contrato y el arbitraje.	12-sep-08	Acuerdo entre las partes
6	Técnicas Reunidas, SA y Eurocontrol, SA	República del Ecuador	CIADI	US\$ 120 millones más daños	La compañía retiró la solicitud arbitral.	29-abr-08	Demandante retira la demanda
7	Noble Energy Inc. and MachalaPower Cia.Ltd	República del Ecuador	CIADI	US\$ 371 millones	Se resolvió mediante un acuerdo entre las partes. El 21 de mayo de 2009 el Tribunal resolvió terminar el arbitraje	5-may-09	Acuerdo entre las partes
8	Empresa Eléctrica del Ecuador , Inc. (EMELEC)	República del Ecuador	CIADI		El tribunal declaró no tener jurisdicción en el caso. El tribunal determinó que cada parte pagara en igual proporción las costas y gastos incurridos en el procedimiento. Asimismo cada parte asumiría sus propios costes y gastos de representación.	2-ju-2009	Tribunal no tenía competencia para resolver el caso.
9	Duke Energy Electroquil Partners	República del Ecuador	CIADI	USD	Ecuador pagó \$5.000.000 a la	18-ago-2008	Laudo

	and Electroquil, SA	Ecuador		25.000.000 más intereses	demandante más intereses calculados hasta el 18 de agosto de 2008		parcialmente favorable para el Ecuador
10	M.C.I Power Group, L.C and New Turbine, Inc	República del Ecuador	CIADI	US\$ 75 millones	El 5 de mayo del 2010 el Tribunal dictó su laudo final en el que se anula la petición de la compañía de que el Ecuador debía indemnizar por daño emergente, lucro cesante y daño moral. Estableciendo que el Ecuador debía pagar la cantidad de US\$ 682.198,51 que es el saldo del precio del contrato.	19-oct-09	Laudo favorable para el Ecuador
11	IBM World Trade Corp.	República del Ecuador	CIADI		Acuerdo entre las partes	22-jul-04	Acuerdo entre las partes
12	Chevron I	República del Ecuador	Juez NY		Juez establece que no conocerá las pretensiones de la compañía	19-jun-07	Juez no conoce pretensión del demandante
13	Chevron II - Chevron Texaco Corporation Y Texaco Petroleum Company	República del Ecuador	UNCITRAL	US\$ 1605 millones	Tribunal estableció que el Ecuador debía pagar 96 millones a la compañía	31-ago-11	Laudo parcialmente favorable para el Ecuador
14	ENCANA	República del Ecuador	UNCITRAL	IVA pagado más daños	Tribunal se declaró incompetente para conocer el caso.	3-feb-06	Tribunal sin competencia para resolver el caso.
15	Vatadur	República del Ecuador	CIAC	US\$ 398 millones	El Tribunal anuló la petición de la compañía de que el Ecuador la indemnizara por daños. Estableció que el Ecuador debía pagar US\$ 682.198,51 que es el saldo del precio del contrato	5-may-10	Laudo parcialmente favorable para el Ecuador
16	PETROBRAS	República del Ecuador		Ley 42 más daños	La compañía retiró la notificación de arbitraje producto de un acuerdo entre las partes.	15-oct-08	Acuerdo entre las partes

Fuente: ICSID Y PGE
Elaborado por: Dayra Puertas

En el capítulo anterior se estableció que una de las críticas al sistema de arbitraje internacional era que este régimen fue creado para velar los intereses de los inversionistas y que por lo tanto estaba parcializado hacia el inversionista, dejando de lado el bienestar de los Estados. Sin embargo, de acuerdo a datos de la Procuraduría General del Estado de los arbitrajes internacionales llevados a cabo a nivel mundial un 42% han sido a favor de los Estados, 31% a favor de los inversionistas y el 27% de casos se han resuelto amistosamente (GAIBOR FLOR, 2013)..

El Ecuador ha estado en 24 procesos de arbitraje internacional. De los cuales 16 ya son procesos terminados y 9 son procesos que aún se encuentran activos. De los 16 casos terminados 10 fueron favorables para el Estado y 6 se resolvieron de manera amistosa. De los diez casos que fueron resueltos de manera favorable para el Ecuador, cinco fueron mediante laudos arbitrales, tres a través de resoluciones del Tribunal explicando su competencia y dos por retiro de denuncias.

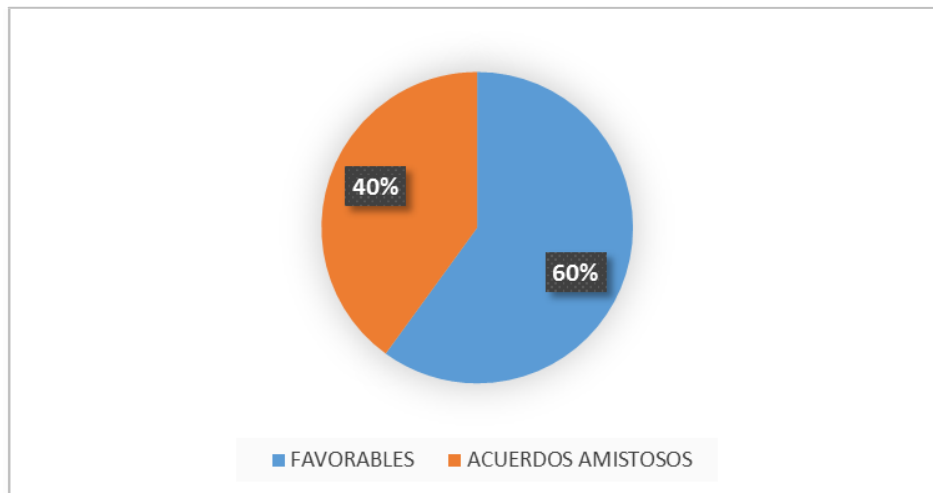
TABLA 8
RESULTADOS DE LOS PROCESOS ARBITRALES TERMINADOS

FAVORABLES	Laudo	MCI
	Competencia del Tribunal	Chevron I
		Encana
	Retiro de denuncia	Emelec
		Murphy Técnicas Reunidas
SOLUCIÓN AMISTOSA	Repsol	
	Machala Power	
	Quiport	
	Petrobras	
	City Oriente	
	IBM	
PARCIALMENTE FAVORABLE	Duke Energy	
	Vetadur	
	Chevron II	

El 60% de los casos terminados han sido favorables para el Ecuador y el otro 40% han sido resueltos mediante otros mecanismos de solución de controversias.

GRÁFICO 9

PROCESOS ARBITRALES TERMINADOS FAVORABLES PARA EL ECUADOR



Fuente: PGE
Elaborado por: Dayra Puertas

3.3. Propuesta propia de alternativa de solución de controversias en materia de inversiones

A nivel internacional el sistema de arbitraje internacional de inversiones está siendo criticado ya que no está resultando un mecanismo de resolución de conflictos eficiente, eficaz y rápido. De acuerdo a las necesidades de los países han ido surgiendo diferentes alternativas y mecanismos de resolución de conflictos como respuesta a la inconformidad del sistema actual. Una vez que el Ecuador denunció los TBIs, la necesidad del país por tener una alternativa diferente al arbitraje internacional para los inversionistas se ha hecho prioridad. A continuación se presentará una propuesta que concilie con los intereses de los inversionistas y estén enmarcada dentro de los preceptos constitucionales y legales del país.

3.3.1. A nivel nacional

Tras la denuncia de los TBIs y del Acuerdo del CIADI para la resolución de controversias ante ese organismo, el Estado ecuatoriano ha buscado nuevas alternativas para brindar a los inversionistas mecanismos adecuados y oportunos para solucionar los posibles conflictos que surjan con el Estado y que a su vez sean compatibles con la Constitución vigente. No hay que olvidar que algunos TBIs aún siguen vigentes y los inversionistas podrían ampararse en ellos, por lo que el gobierno ecuatoriano ha estado pensando en renegociar únicamente la cláusula de solución de controversias, de tal manera, que los mecanismos de solución de controversias, entre ellos el arbitraje, no violenten lo establecido en el marco constitucional (GÓMEZ DE LA TORRE, 2014).

Debido a que la renegociación de un TBI es un proceso largo y demanda del consentimiento de las partes involucradas, el Ecuador ha tenido que buscar alternativas que permitan al país seguir atrayendo IED bajo un marco legal diferente. Es así que en el 2010, dentro del COPCI aparece el Contrato de Inversión como la nueva figura legal para atraer las inversiones. La vigencia de los contratos puede ser de hasta 15 años a partir de la firma del mismo con una extensión de 15 años más si así lo desean las partes. Para que un inversionista pueda acceder a este tipo de contratos debe realizar una inversión mínima de \$250 mil dólares el primer año, y que el proyecto total sea a partir de US\$ 1.000.000. El contrato cuenta con beneficios como el poder ir a arbitraje internacional a través de la Corte de la Haya con sede en CHILE en caso de alguna controversia; también están las garantías entregadas por el COPCI e incentivos tributarios como son reducción y diferimientos de pago del Impuesto a la Renta, exoneración del pago de Impuestos de Salida de Divisas para los pagos al exterior por créditos externos con un plazo mayor a un año con una tasa no superior a la autorizada por el BCE, entre otras ventajas que propone este tipo de contrato. (MINISTERIO COORDINADOR DE PRODUCCIÓN, EMPLEO Y COMPETITIVIDAD, s.f.).

Mediante estos contratos el gobierno busca que los inversionistas dejen de ampararse en los TBIs, que tenían por objetivo establecer protecciones

adicionales para los inversionistas extranjeros frente a posibles cambios de leyes, de políticas o de conductas abusivas por parte del Estado, para sujetarse a normas contractuales fijadas entre el Estado y el inversionista, sin el amparo del Estado del inversionista. Obviamente, la relación de poder cambia y teóricamente pone a las partes en igualdad de condiciones, entre otras, otorga al Estado la posibilidad de demandar al inversionista ante cortes internacionales, algo que no se podía hacer con los TBIs (GÓMEZ DE LA TORRE, 2014).

Bajo esta figura legal del Contrato de Inversión se han firmado hasta abril del 2013, 11 contratos. El mayor Contrato de Inversión suscrito fue con la empresa Ecuacorriente por 2.014 millones de dólares. Al parecer, la principal razón por la que las empresas firmaron estos contratos fue para beneficiarse de los incentivos tributarios previstos en los mismos (ZAMBRANO, 2013).

Los Contratos de Inversión han sido una buena alternativa que ha encontrado el gobierno ecuatoriano para atraer la IED siguiendo los nuevos parámetros establecidos por la Constitución. En cuanto a los inversionistas cuentan con un instrumento que les permite resolver sus conflictos con el Estado mediante arbitraje internacional, relativamente igual al que tenían con los TBIs. Es lógico pensar que cuando la IED es de largo plazo los riesgos de existencia de controversias entre las partes son altos y mundialmente el régimen arbitral se ha constituido en una alternativa válida de solución, a pesar de sus altos costos y el largo tiempo que demandan para las partes, lo cual hace necesario la búsqueda de otras alternativas para que los inversionistas y el Estado resuelvan las controversias que surjan durante la vigencia de la inversión.

Una de las alternativas que algunos Estados están utilizando para resolver sus conflictos con inversionistas son los llamados Dispute Boards (DB). En septiembre del 2004 la Cámara de Comercio Internacional puso en vigor el “Reglamento relativo a los Dispute Boards”, que consiste en un comité formado generalmente por tres personas imparciales e independientes escogidas por las partes que se encargan de resolver las diferencias que pudieran ocurrir dentro de un contrato. El comité se establece desde el inicio del contrato y se mantiene durante toda la duración del mismo. Los DB son un mecanismo de solución de

controversias contractuales en contratos de mediano y largo plazo. Los DB intervienen en una fase pre-arbitral o pre-judicial, buscando que las disputas se solucionen colaborativamente entre las partes. Lo que buscan es que no escale el conflicto existente entre las partes ni sea necesaria la intervención de jueces o árbitros (WÖSS, 2006).

Las ventajas que presentan los DB son su conformación, que generalmente están constituidos por un abogado y dos expertos en el tema objeto del contrato. Los dos expertos del DB tienen la obligación de leer la bitácora del proyecto y visitar el sitio de la obra periódicamente. Otra ventaja es su conformación al inicio del proyecto o de la inversión, lo que permite prever mecanismos adecuados para solucionar posibles controversias sin parar la ejecución del proyecto, por lo cual es preventivo-colaborativo y no reactivo-competitivo como el arbitraje. Además, la solución de controversias a través de los DB se da de manera informal, mediante “buenos oficios”, es decir, a través de reuniones con las partes en el sitio. En caso de diferencias entre las partes que no pueden ser resueltas en las reuniones, se inicia un procedimiento formal y ágil para resolver la diferencia mediante una Determinación que puede ser una Recomendación o una Decisión, dependiendo del tipo de DB que las partes hayan acordado constituir. (WÖSS, 2006).

Las Determinaciones se aceptan por las partes por regla general, por lo que una Determinación se vuelve obligatoria para las mismas. En caso de que las partes no acepten la determinación o recomendación del DB, podrán iniciar un procedimiento arbitral o un juicio. Sin embargo, la Determinación, salvo convenio en contrario, es admisible como prueba en cualquier juicio, lo que le da un peso particular. En caso de que ninguna de las partes demuestre su inconformidad con la Determinación y no se llegara a cumplir, el juicio solamente versará sobre el hecho del incumplimiento y nunca sobre el fondo de la misma. (ICC, 2004).

Existen tres tipos de DB y depende de las necesidades de los usuarios. El primer tipo es el “Dispute Review Board” el cual emite “Recomendaciones” que se vuelven firmes en caso de que ninguna de las partes manifieste su desacuerdo.

El segundo es “Dispute Adjudication Board” que emite “Decisiones” que son obligatorias desde su publicación y solo pueden ser modificadas por un juez o árbitro. Finalmente están los “Combine Dispute Boards” que pueden emitir ambos tipos de Determinaciones (ICC, 2004).

Propongo la incorporación de los Dispute Boards dentro de los Contratos de Inversión ya que daría a las partes un mecanismo idóneo, colaborativo, técnico y oportuno para resolver adecuadamente los conflictos que surjan en la ejecución de lo convenido entre ellos. Dependiendo del tipo de DB por el que opten las partes tendrían como recursos posteriores el arbitraje o el proceso judicial ante los jueces competentes. Además es un método alternativo de solución de conflictos que no se contrapone con la normativa legal actual de acuerdo al art. 190 de la Constitución, la cual es la máxima norma a nivel nacional y dice *“Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir”*. Además, su implementación no implicaría la creación de un nuevo marco legal, pues el funcionamiento del mismo quedaría establecido en el Contrato.

3.3.2. A nivel regional

Una vez que el Ecuador denunció el CIADI y estableció en su Constitución que solo iría a arbitraje internacional en instancias regionales, en el seno de la UNASUR se ha venido trabajando una propuesta de creación de un nuevo régimen de solución de controversias regional. La propuesta es crear un sistema con dos centros: el Centro de Arbitraje y mediación en Materia de inversiones y el Centro de Asesoría, Facilitación y Conciliación para la solución de controversias en materia de inversiones, ambos regidos por un mismo Código de conducta (ALBUJA, 2012).

El Centro de arbitraje tendría una estructura independiente de UNASUR y de los Estados Partes, rendirá cuenta de su desempeño financiero al Consejo de Jefes y Jefas de Estado y de Gobierno y a la ciudadanía suramericana. Las

controversias que resolverá serán de tres tipos: las ocurridas entre un Estado Miembro del Centro y otro Estado Miembro de UNASUR que no es parte del Centro; entre nacionales de Estados Miembros del Centro con otros Estados Miembros de UNASUR; y, entre nacionales de Estados Miembros del Centro con terceros Estados no Miembros de UNASUR. El ámbito de las controversias a ser tratadas serán las relativas a inversiones y a las materias que decidan las Partes en el contrato. No será obligatorio para países que son parte de UNASUR ser miembros del Centro. El arbitraje podrá ser realizado solo una vez que haya sido agotada la vía administrativa, si así lo deciden los Estados (ALBUJA, 2012).

El funcionamiento del Centro de Arbitraje de UNASUR sería muy parecido al del CIADI. Las etapas del proceso sería primero un periodo de consultas, luego facilitación, arbitraje y apelación. En cualquier momento las partes pueden solicitar una mediación. No se podrá iniciar arbitraje sobre políticas públicas establecidas soberanamente por los Estados en varias materias. El costo de un arbitraje en el centro será aproximadamente el 40% del valor de costo del proceso en el CIADI. Los árbitros constarán en una lista pública la cual estará sujeta al escrutinio general, serán pagados por el Centro y habrá la posibilidad de que lo países designen directamente a su árbitro (ALBUJA, 2012).

En cuanto al Centro de Asesoría Legal en materia de inversiones UNASUR, se prevé que será de carácter independiente y brindará asesoría del más alto nivel técnico según estándares internacionales. Funcionará en tres etapas consecutivas. Durante los primeros tres años el servicio será exclusivo para los países miembros de UNASUR. A partir del tercer año brindará servicios a toda América Latina y el Caribe y a partir del sexto año será de libre adhesión. Este Centro proveerá asistencia técnica y jurídica en los asuntos relacionados con procedimientos de solución de diferencias en materia de inversiones en que esté involucrado alguno de los Estados parte. Asimismo designará mediadores para solucionar controversias en una etapa previa a un posible arbitraje (ALBUJA, 2012).

El código de conducta que regirá a los miembros que conformen los Centros anteriormente señalados estará basado en la independencia e imparcialidad. No deben permitir que relaciones o responsabilidades financieras, comerciales, profesionales o sociales influyan en su conducta o criterio. Asimismo deben evitar formar parte de toda relación o adquirir cualquier interés financiero que pueda afectar su imparcialidad (ALBUJA, 2012).

La propuesta de creación del Centro está lanzada desde el año 2011 sin embargo hasta marzo del 2014 no se ha visto ningún avance en cuanto a la conformación del mismo. Los Estados miembro de UNASUR aún siguen analizando los parámetros de creación del mismo. La idea general está más no hay nada tangible aún (EL TELEGRAFO, 2014).

Sería importante tomar en cuenta que el CIADI ha sido criticado por tener un enfoque “pro-inversionista”, es decir parcializado hacia los intereses de las transnacionales y que el proyecto de UNASUR pretende acabar con esta parcialidad, lo que podría ser percibido por los inversionistas como una alternativa "pro estado", con lo que ningún inversionista consideraría seriamente someter sus diferencias ante un tribunal parcializado.

Hasta ahora, toda controversia que surge entre un inversionista y un Estado busca ser solucionada por el sistema de arbitraje internacional, sea recurriendo al CIADI, la Corte de la Haya o ante los Centros de Arbitraje de las Cámaras de Comercio de ciertos países. La existencia y éxito de estos centros dependen de la percepción que tienen los usuarios sobre su gestión y sobre todo sobre la imparcialidad de los miembros del tribunal arbitral al momento de juzgar. Un nuevo centro de arbitraje deberá ofrecer un servicio igual o mejor a los que brindan los actualmente existentes para que los usuarios opten por ellos. Los nuevos centros que pretende crear la UNASUR ¿podrán atraer usuarios cuando su parcialidad hacia el Estado forma parte de sus cimientos?, quizá ésta sea una de las razones por las cuales resulta aún inviable el proyecto de la UNASUR.

Antes que crear nuevos Centros de Arbitraje, la región debería concentrar sus esfuerzos en ampliar los métodos para resolver sus conflictos con los inversionistas, como la incorporación de los ya mencionados Dispute Boards. No tiene mucho sentido invertir recursos en buscar nuevos centros para que administren métodos competitivos de solución de conflictos, que han probado ser lentos, ineficientes y costosos. Hay que apostar por los métodos colaborativos como son los ya mencionados Dispute Boards y la mediación por sus amplias ventajas frente al arbitraje. Por eso la propuesta es que se establezca la obligatoriedad de agotar estos métodos antes de acudir al arbitraje. Ya muchos países latinoamericanos están usando los Dispute Boards en sus contratos y espero sea una tendencia a la que el Ecuador y la región se adhieran⁶.

3.3.3. A nivel internacional

En los últimos años el crecimiento de casos de arbitraje internacional entre inversionistas y Estados se ha incrementado significativamente. El sistema de arbitraje internacional para la solución de controversias entre inversionistas y Estados fue diseñado para despolitizar las disputas por inversión y crear un foro que ofrecería a los inversores una audiencia justa frente a un tribunal independiente, imparcial y cualificado. El actual funcionamiento de este sistema ha generado preocupación acerca de las deficiencias que presenta el régimen en temas como son la legitimidad, transparencia y consistencia del tribunal arbitral (UNCTAD, 2013).

Estas preocupaciones han llevado a un debate entre los Estados acerca de los desafíos y oportunidades que ofrece el régimen en este momento. De estos debates han surgido cinco propuestas de reforma al sistema:

⁶ Algunos de los países latinoamericanos que se encuentran usando DB en sus contratos son: Panamá, Honduras y Chile. Han sido aceptados principalmente para ser usados en construcciones como el Canal de Panamá, la autopista Tegucigalpa Comayagua y en el proyecto Hidroeléctrico Chacayes. Al ser proyectos grandes los DB ayudan han facilitado la comunicación entre las partes del proyecto y han podido solucionar conflictos sin llegar a instancias de arbitraje internacional.

Para mayor información acudir a www.drbfconferences.org/documents/allione.pdf

1. Promocionar métodos alternativos de resolución de conflictos.
2. Hacer Contratos de Inversión adaptados a cada Estado
3. Limitar el acceso al sistema de arbitraje internacional a los inversionistas.
4. Implementar un sistema de doble instancia
5. Crear una Corte Internacional de Inversiones

La primera reforma busca promocionar los medios alternativos de solución de conflictos (MASC) como son: la mediación y la conciliación, y las políticas de prevención de disputas (PPD). Las cuales pueden ser implementadas en los Contratos de Inversiones o simplemente de forma local sin ser incluidas en los contratos. La idea es utilizar métodos como la conciliación y la mediación en donde una tercera parte neutral intente llegar con las partes a una solución del conflicto. Los MASC pueden ayudar a ahorrar tiempo y dinero a los Estados y prevenir la escala del conflicto, aunque en algunas ocasiones no se llegue a una solución. También la implementación de las mismas dependerá del tipo de disputa ya que no todas pueden ser llevadas a una mediación o conciliación por no ser materia transigible. Los MASC junto a los PPD pueden ayudar a crear canales efectivos de comunicación lo cual ayudará a resolver disputas en el momento de su aparición o preparará a las partes para un arbitraje internacional (UNCTAD, 2013).

La segunda reforma tiene que ver con que los Estados modifiquen el sistema de arbitraje internacional en sus Contratos de Inversión, por ejemplo estableciendo el plazo que tendrán los inversionistas después de surgida una controversia presentar reclamos e ir a un arbitraje internacional, o especificando con la parte contratante la interpretación del contrato (UNCTAD, 2013).

La tercera reforma lo que pretende es limitar el acceso de los inversionistas al sistema de arbitraje internacional. Es una manera de evitar la proliferación de casos de arbitraje internacional a nivel mundial. Habría tres formas de hacerlo: reduciendo los temas sujetos a reclamos para arbitraje internacional, restringiendo el rango de inversionistas que califiquen para ser beneficiarios del tratado e introduciendo los requisitos para agotar instancias

locales antes de ir a un arbitraje internacional. Esto se lo puede hacer en los contratos de Inversión que tiene cada Estado (UNCTAD, 2013).

La cuarta reforma propone el sistema de doble instancia lo que implica contar con un cuerpo legal competente que se encargue de realizar revisiones sustantivas de los laudos dictados por tribunales arbitrales. Permite a los Estados y a los inversionistas tener una segunda opinión acerca del laudo; sin embargo, habrá que tener en cuenta los costos y el tiempo que requiere una segunda opinión. (UNCTAD, 2013).

Finalmente, la propuesta de crear una Corte internacional de Inversiones implica realizar un reemplazo del sistema actual de arbitraje, es decir imponer un nuevo régimen mediante el cual un Tribunal electo por los Estados estaría a cargo de dictar sentencia cuando surja un conflicto entre inversionistas y un Estado. También habría una cámara de apelaciones. Si bien este nuevo régimen garantizaría transparencia, legitimidad al sistema y facilitar consistencia y exactitud de las decisiones, tendría que lidiar con millones de diferentes tratados, convenios, leyes nacionales y contratos bilaterales que han firmado los Estados con diferentes actores internacionales (UNCTAD, 2013).

De las reformas anteriormente señaladas, algunas pueden ser tomadas por los Estados individualmente mientras que otras necesitan de la aprobación de la comunidad internacional. Como vemos, no solo el Ecuador está preocupado por la forma cómo se están resolviendo los conflictos que surgen entre los Estados. La comunidad internacional está buscando alternativas para mejorar los sistemas de resolución de conflictos y el gobierno ecuatoriano debería sumarse a estos esfuerzos globales. En el caso de la creación de una Corte Internacional de Inversiones habría que analizar bien cuál sería la posición del país ya que el art. 422 de la Constitución habla de no ceder soberanía a instancias internacionales de arbitraje y la Corte no sería una instancia de arbitraje internacional.

Para concluir, el régimen de arbitraje internacional actual como todo sistema tiene sus fortalezas y debilidades. En este momento existe inconformidad por parte de los Estados hacia este sistema pues cada vez existe

un mayor número de casos que van a arbitraje internacional y esto para los Estados significa pérdida de recursos. El arbitraje internacional hasta el momento ha sido el método más utilizado para solucionar las diferencias entre un inversionista y un Estado; sin embargo, sus costos demandan que los estados e inversionistas busquen mejores alternativas para solucionar sus controversias. El caso ecuatoriano es un ejemplo significativo, ya que la mayoría de casos llevados a arbitraje terminaron no por resolución de los tribunales arbitrales sino por acuerdos entre las partes. De ahí que la propuesta de ampliar e incluso obligar al uso de métodos alternativos como la negociación, la mediación, la conciliación y los Dispute Boards antes de acudir a los tribunales arbitrales vaya ganando adhesiones en la comunidad internacional. De todas las propuestas de reforma realizadas al sistema internacional de resolución de conflictos, la propuesta es la más consecuente con la realidad de nuestro país y la que deberíamos apoyar como nación.

3. ANALISIS

Un régimen internacional está conformado por los diferentes conjuntos, principios, normas, reglas y procedimientos que rigen el comportamiento de los Estados en un área de la política internacional. Una de estas áreas es la de las inversiones y específicamente la de la inversión extranjera directa. Para esta área específica de política internacional se creó el régimen de arbitraje de inversiones, el cual está principalmente diseñado para poder resolver los conflictos suscitados entre un inversionista extranjero y el Estado receptor de la inversión.

Con el fenómeno de la globalización y la expansión de transnacionales alrededor del mundo, los Estados tuvieron que buscar un régimen que les permitiera proteger las inversiones de sus nacionales fuera de sus territorios. El régimen de arbitraje de inversiones fue creado en un momento de necesidad, sus inicios fueron los llamados Tratados de Amistad, Comercio y Navegación, el régimen se fue moldeando a través de la aparición de los Tratados Bilaterales de Inversión y se consolidó con la creación del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones a finales de los años 60.

La creación del régimen respondió a dos causas fundamentales: la primera disminuir la posibilidad de conflictos entre Estados por temas de inversiones de actores no gubernamentales. Segundo, la desconfianza de los Estados en las cortes y sistemas judiciales de los países receptores de inversión. De esta manera el régimen creó entre los Estados expectativas comunes sobre las conductas que resultaban apropiadas, es decir sobre cómo debían ser tratados los conflictos entre inversionistas y el Estado elevando el grado de transparencia e imparcialidad en los procesos y generando una clase de interdependencia y cooperación. Las reglas bajo las que se sustenta el sistema son las establecidas por los Estados de común acuerdo en la Convención CIADI y en las reglas UNCITRAL.

La interdependencia y cooperación generada por un régimen está basada en los objetivos comunes de los Estados, es decir en las ventajas y ganancias que

el sistema les puede brindar. El régimen de arbitraje de inversiones significó para los Estados obtener ganancias del tipo de mayor seguridad internacional en asuntos referentes a inversiones, generar un bienestar social en el inversionista y crear en los países receptores de IED un ambiente más seguro de inversión. Los beneficios para algunos Estados han significado el poder proteger a sus inversionistas en territorios extranjeros y para otros ha sido el poder atraer inversiones a sus países. Han ayudado a reducir la incertidumbre de todos los actores y a reducir el temor de ser engañados por otros Estados. Sin embargo, como todo régimen posee falencias que en la actualidad ha hecho que los Estados reconsideren el mantenimiento del régimen *per se*.

Si bien el régimen del arbitraje de inversiones, fue en su momento el sistema perfecto para poder atender las quejas que tenían los inversionistas hacia los Estados en donde depositaban su capital, en este momento presenta ciertas debilidades para los Estados. Desde el 2011 los casos por denuncias de inversionistas a Estados ante instancias como el CIADI se han incrementado y la solución esperada en muchos casos no ha sido la deseada por los Estados. Los Estados principalmente del sur se encuentran preocupados pues las demandas hacia los mismos cada vez son más.

El Ecuador fue de los primeros países en estar a favor del régimen de arbitraje de inversiones, sin embargo a partir del 2008 el gobierno ha criticado el régimen por considerarlo inconstitucional y lesivo para los intereses nacionales. En el año 2008 se aprobó la nueva Constitución de la República del Ecuador en la cual se incluyó en el texto un artículo en el cual se prohíbe al Estado ecuatoriano el celebrar tratados e instrumentos internacionales en donde el Ecuador seda soberanía a instancias de arbitraje internacional con la excepción de instancias regionales. Bajo este condicionamiento constitucional se procedió a denunciar la Convención CIADI y al retiro del Centro y se realizó la denuncia de los TBIs suscritos por el Ecuador con otros Estados.

De acuerdo al gobierno, el régimen de arbitraje de inversiones ya no responde a los intereses nacionales, es decir ya no genera ventajas para el país en el sentido que se ha convertido en un régimen del inversionista y ya no de los

Estados dentro del cual el inversionista posee poder hegemónico, principalmente en el CIADI. Según el gobierno las normas, reglas y principios que guían el régimen se encuentran parcializados y fueron creados con una visión pro inversionista y lógicamente los Estados con más transnacionales a nivel mundial serían los beneficiados del sistema.

Dentro de este contexto aparecerían dos preguntas interesantes acerca de la trascendencia y prevalencia del régimen de arbitraje de inversiones. Cómo ¿qué tan efectivas son las reglas y normas acordadas mediante las cuales se creó el régimen?, es decir, estas ¿pueden pronosticar cual será el comportamiento de los Estados o es más bien el interés nacional, lo que explicaría que los Estados ignoren los mandatos del régimen cuando consideran que el mismo ya no es conveniente?

En respuesta a la primera pregunta, los países que reciben más denuncias a nivel mundial por cuestiones de inversión son los países del sur los cuales han señalado en varias ocasiones que el régimen se creó para proteger a los Estados poderosos y a sus transnacionales y que por lo tanto las reglas del juego siempre estuvieron a favor de los mismos. No obstante, esta crítica no se ve del todo fundamentada. Conforme a datos de la PGE, de los casos presentados ante el régimen, la mayoría han sido resueltos a favor de los Estados. Por ejemplo, en el caso del Ecuador de los casos en los que ha estado involucrado la mayoría los ha ganado o ha resultado con laudos parcialmente favorables. Entonces podríamos decir que las normas y reglas que dieron origen al régimen si han sido efectivas en cuanto ha permitido la trascendencia y prevalencia del régimen.

En cuanto a la segunda pregunta, podemos decir que un pronosticar cual será el comportamiento de los Estados es complicado, pues al interior de los mismos existen un sin número de factores que influyen en las decisiones de los gobiernos a nivel internacional. El régimen si bien impone a los Estados un comportamiento específico en asuntos de inversiones, no puede asegurar que los Estados cumplan al cien por ciento con estas normas y todo el tiempo. Por ejemplo en el caso del Ecuador, el gobierno realizó la denuncia del CIADI y de los TBIs porque a nivel interno las leyes se modificaron dando paso a un “interés

nacional” diferente. Ya no se considera que el régimen de arbitrajes es conveniente para el Estado ecuatoriano por lo que regirse al CIADI ya no es algo que es de interés nacional, a pesar de seguir bajo el régimen a través de reglas UNCITRAL.

El régimen para la IED en el Ecuador en este momento es un régimen de control dentro del cual el Estado juega un rol de fundamental, por un lado da las directrices de donde y como hacer las inversiones y por otro lado controla que las segundas hayan sido ejecutadas bajo las directrices establecidas por éste.

A nivel internacional el Estado ecuatoriano junto a otros Estados de América del Sur están buscando la implementación de un régimen de arbitraje de inversiones regional el cual no difiere mucho de lo que es el CIADI en la actualidad. Parecería que se busca crear una instancia que se contraponga al régimen de arbitraje de inversiones actual, dentro del cual los países Sudamericanos se puedan sentir más seguros y protegidos de los inversionistas. Sin embargo que pasaría con los Estados que se encuentran fuera de la región y confían aún en el régimen actual.

Como se analizaba en un principio, para que un régimen internacional pueda existir, los Estados deben encontrar ventajas y beneficios dentro del mismo. En el caso de un régimen regional los únicos países que se verían beneficiados serían los de la región y los Estados fuera de la misma seguirán operando bajo el régimen actual de arbitraje de inversiones que es el sistema que en este momento les brinda ventajas. Además, los regímenes son creados en función de las necesidades de los Estados, ya existe un régimen de arbitraje de inversiones por lo que la creación de otro no se justificaría más que a nivel regional y no necesariamente en todos los países de la región. Para que el régimen de arbitraje de inversiones existente desaparezca, el motivo que lo originó también debe desaparecer, si bien el régimen ha sido criticado el motivo de su creación no ha desaparecido.

El régimen de arbitraje de inversiones ha cumplido la función para lo que fue creado y ha sido efectivo haciéndolo. Es cierto que han existido varias

críticas hacia el mismo por motivo de sus normas y reglas, las cuales se consideran que fueron creadas por los Estados en favor de los inversionistas. El régimen fue concebido en un momento de proliferación de las inversiones y de la proliferación de conflictos internacionales por temas comerciales. Obviamente los actores del régimen han cambiado y evolucionado y en estos momentos se ve que el sistema no es igual de efectivo que en sus inicios. Tal vez sea momento de modificar el régimen de un modelo de solución de controversias post-conflicto a uno pre-conflicto, es decir, a un modelo que les permita al Estado y al inversionista buscar solución a los problemas que puedan tener en cuanto estos aparecen y no cuando el conflicto es tan grande que es imposible llegar a un acuerdo entre las partes.

4. CONCLUSIONES

- La hipótesis que dice que la denuncia realizada por el gobierno ecuatoriano de varios Tratados Bilaterales de Promoción y Protección de inversiones, respondería a los intereses del gobierno de crear un nuevo régimen de solución de controversias con los inversionistas extranjeros, que se justificarían en el Plan Nacional del Buen Vivir, la nueva Constitución y Ley de Inversión no se cumple. Si bien el gobierno pretende crear un régimen de control en cuanto a lo que se refiere a la inversión extranjera dentro del cual absolutamente todo quede bajo su supervisión, el gobierno no busca crear un nuevo régimen de solución de conflictos. A pesar de haber denunciado los TBIs y el CIADI, sigue acudiendo al régimen de arbitraje bajo reglas UNCITRAL, en los Contratos de Inversiones igual se estipula el arbitraje internacional como el mecanismo para la solución de conflictos entre Estado-inversionista. El Centro de arbitraje de la UNASUR que estaría en construcción no será más que una entidad del régimen actual más no un nuevo régimen en sí.
- Los efectos que ha tenido el cambio de políticas en materia de inversiones parecería no gustarle a los inversionistas extranjeros, cuenta de ello es que durante el periodo 2007-2012 la inversión ha tenido un decrecimiento sustancial, poniendo al país principalmente en el año 2012 como el país de América Latina y el Caribe que menos IED recibió como porcentaje del PIB.
- Es a partir de la Constitución del 2008 que la inversión extranjera directa adquiere una nueva connotación ya que se incluye el tema a nivel constitucional, mientras que anteriormente solo se lo podía encontrar en la Ley de Promoción y Garantía de Inversiones.
- La IED tiene un nuevo régimen en el que la búsqueda de réditos económicos por parte de los inversionistas deberá ajustarse a los Planes del Gobierno Nacional en donde la inversión tiene el rol de complementación directa a la inversión pública en los sectores estratégicos de la economía, que requieran inversión y financiamiento, para alcanzar los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo.
- Parecería que el nuevo régimen creado para el tratamiento de la inversión, serían un régimen de control ya que el Estado sería el encargado de regular y canalizar todo tipo de inversiones, las cuales deben estar ligadas al proceso productivo

dentro del cual el gobierno estará encargado de controlar las etapas de producción, distribución intercambio, comercio, consumo, inversión productiva, todos estos procesos orientados al cambio de la Matriz Productiva, uno de los principales objetivos para la realización del buen vivir.

- Sin bien la nueva normativa vigente es un instrumento que pretende incentivar el cambio de la matriz productiva, ya que presenta ventajas en algunos sectores de la economía, el no tener tratados de libre comercio, las reformas tributarias y políticas cambiantes permanentes, contraponen las ventajas que la normativa pretende ofrecer.
- Los Tratados Bilaterales de Inversión son instrumentos internacionales facilitadores de acuerdos de política mundial destinados a asegurar la estabilidad y predictibilidad de los marcos jurídicos nacionales respecto de la inversión extranjera directa, por lo que la denuncia de los mismos da cuenta de poca estabilidad y predictibilidad del gobierno.
- La prohibición constitucional a la cláusula de arbitraje internacional establecida en los TBIs suscritos por el Ecuador acarrea serias consecuencias para la IED en el país ya que el inversionista extranjero pensará dos veces antes de hacer una inversión en el país, pues el no poder llevar las controversias a una instancia internacional experimentada no les va a dar la seguridad de imparcialidad que el régimen de arbitraje actual les brinda.
- En el artículo 422 de la Constitución queda clara la posición política del gobierno acerca de ceder jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, sin embargo, los órganos latinoamericanos también son instancias internacionales puesto que se encuentran fuera del territorio nacional, lo que genera una contradicción. Al parecer, las experiencias que el gobierno ha tenido en centros internacionales de arbitraje de fuera de Latinoamérica es el verdadero fundamento de esta norma.
- El gobierno debe tener mucho cuidado en cómo maneja el tema de los TBIs, primero por las consecuencias que acarrearía el darlos por terminados a la IED y segundo por la vigencia que aún tendría este tipo de contratos una vez denunciados.
- De los casos de arbitraje internacional en los que se ha encontrado el Estado ecuatoriano, se ha puesto fin a más procesos arbitrales llegando a acuerdos con

las partes, es decir a través de la negociación, que a través de laudos arbitrales, lo que parecería indicar que el arbitraje si bien es el mecanismo más utilizado, no es el más efectivo.

- El régimen actual de arbitraje internacional de inversiones ya no es efectivo pues posee más casos de los que puede manejar. Es imprescindible que tanto el Ecuador como la comunidad internacional busquen reformas que puedan ayudar a dinamizar el régimen o a su vez generen nuevos métodos alternativos de resolución de conflictos.
- Los Dispute Boards son una alternativa para la solución de controversias entre inversionistas y el Estado ecuatoriano, que no han sido utilizados en el país por falta de conocimiento y de estudios acerca de los mismos. Los DB podrían ser incluidos en los Contratos de Inversión y ayudarían a un mejor manejo de los conflictos generados a causa de la IED.

5. RECOMENDACIONES

- La comunidad internacional y el Ecuador deben buscar nuevas alternativas de solución de conflictos que sean menos costosas, más rápidas, efectivas y que ayuden a descongestionar el régimen de arbitraje internacional actual.
- Los espacios de integración en conjunto con los centros de resolución de conflictos y las Cámaras de Comercio deben ser los encargados de buscar nuevos mecanismos de solución de conflictos y de implementar aquellas alternativas que en algunos países ya se están utilizando en respuesta a la inconformidad de los países por el sistema actual.
- El gobierno debería implementar los DB en los Contratos de Inversión, y que no se contraponen con ninguna norma constitucional y nos permitirá contar con un mecanismo de solución de conflictos menos costoso y más rápido.
- La Dirección de Asuntos Internacionales y Arbitraje de la Procuraduría General del Estado debería realizar un estudio acerca de los resultados y beneficios que los DB ha traído a otros países en desarrollo que se encuentran utilizando esta alternativa de solución de conflictos en sus contratos de inversión.
- El gobierno en lugar de gastar recursos en un Centro de arbitraje internacional, enmarcado dentro del régimen de arbitraje actual, debería implementar los DB en los Contratos de Inversión como respuesta a las críticas y a los problemas que presenta el régimen actual. La eficacia y efectividad de los mismos se irá viendo conforme vaya siendo su incorporación en los contratos que firme el país con inversionistas extranjeros.
- La carrera al tener el eje de relaciones y negocios internacionales debería poner más énfasis en los métodos de resolución de conflictos que se utilizan a nivel internacional en temas comerciales, económicos y políticos tanto internacionales como nacionales.

BIBLIOGRAFÍA

Conferencias

Albuja, M. (2012). UNASUR. Sistema de Solución de Controversias. *Seminario Internacional de tratados bilaterales de inversión, arbitraje internacional y compromisos en materia de protección a las inversiones*. Quito: SENPLADES.

Gutiérrez, T. (2012). Evolución de los Tratados Bilaterales de Inversión en América Latina y su Contribución al Establecimiento de un Régimen de Gobernanza Privada Internacional. *Seminario Internacional de tratados bilaterales de inversión, arbitraje internacional y compromisos en materia de protección a las inversiones*. Quito: SENPLADES.

Dorín, N. (2012). Inversiones extranjeras en el marco de los Tratados Bilaterales de promoción y protección de Inversiones. El CIADI como arbitraje institucional internacional. *Congreso de Derecho Público para estudiantes y jóvenes graduados "DEMOCRACIA Y DERECHOS"*. Argentina: UBA. Recuperado de: <http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/derecho-internacional-publico-noelia-dorin.pdf>

Kronfle, H. (2011). El Rol de la Inversión Extranjera para el Buen Vivir. *El Rol de la Inversión Extranjera para el Buen Vivir*. Guayaquil: Camara de Industrias de Guayaquil.

Entrevistas

Gómez De La Torre, B. Doctora en Jurisprudencia. Directora Nacional de Asuntos Internacionales y Arbitraje, (10 de marzo de 2014). Mecanismos de Solución de controversias utilizados por Estado ecuatoriano.

Informes

CEPAL. (2013). *La inversión Extranjera Directa en América Latina y el Caribe*. Santiago de Chile: Naciones Unidas. Recuperado de <http://www.informeticfacil.com/la-inversion-extranjera-directa-en-america-latina-y-el-caribe-2012-cepal>

Fondo Monetario Internacional. (1994). *Balance of Payments Manual*. 5ta Edición, 86. Recuperado de <http://www.imf.org/external/pubs/ft/bopman/bopman.pdf>

Oficina Económica y Comercial de España. (31 de marzo de 2012). *Informe económico y comercial*.

Organización Mundial del Comercio. (2011). *Examen de las Políticas Comerciales*.

Superintendencia de Compañías. (2014). *Informe de Labores 2013*. Intendencia Nacional de Gestión Estratégica.

The Economist Intelligence Unit. (2014). *Business Environment Rankings*. Londres: The Economist.

UNCTAD. (2013). *World Investment Report 2013*. Switzerland: United Nations Publication.

Libros

Asamblea Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi.

Asamblea Nacional. (2010, diciembre 29). *Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones*. Recuperado de <http://www.industrias.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/08/Codigo-Organico-de-la-Produccion-Comercio-e-Inversiones.pdf>

Gehring, T. (1992). *Regímenes Internacionales Dinámicos*. Recuperado de: http://www.uni-bamberg.de/fileadmin/uni/fakultaeten/sowi_professuren/politikwissenschaft/insb_int/Dateien/Mitarbeiter/Publikationen/DynamicRegimes.pdf

Keohane, R. (1984). *After Hegemony*. Recuperado de: <http://www.scribd.com/doc/32162934/After-Hegemony-Keohane-R>

Krasner, S. (1983). *International Regimes*. Recuperado de: http://books.google.com.ec/books?id=WlYKBNM5zagC&printsec=frontcover&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false

Massé, P. (1963). *La elección de las inversiones*. Barcelona: Sagitario.

Schneider, E. (1956). *Teoría de la inversión*. Buenos Aires: El Ateneo.

Senplades. (2009). *Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013*. Quito: Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo.

Publicaciones

Albán Sánchez, S. (noviembre de 2010). *Universidad San Francisco de Quito*. Recuperado de Efectos legales de la denuncia realizada por la República del Ecuador a la Convención CIADI: <http://repositorio.usfq.edu.ec/bitstream/23000/665/1/98260.pdf>

Analuisa, V. (26 de abril de 2014). Aspectos Generales del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones. *Consultoría Jurídica*. Recuperado de: <http://vicenteanaluisa.wordpress.com/2011/06/04/aspectos-generales-del-codigo-organico-de-la-produccion-comercio-e-inversiones/>

Banco Central del Ecuador. (2012, diciembre). Estadísticas Macroeconómicas Presentación Conyuntural. *Banco Central del Ecuador*. Recuperado de: <http://www.bce.fin.ec/frame.php?CNT=ARB0000006>

Cámara De Comercio De Guayaquil. (mayo de 2013). La Inversión Extranjera Directa (IED) es necesaria para el financiamiento del desarrollo económico. *Boletín Económico*. Recuperado de: <http://www.google.com.ec/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=10&ved=0CGcQFjAJ&url=http%3A%2F%2Fwww.lacamara.org%2Fccg%2F2013%2520Mayo%2520BE%2520CCG%2520IED%2520y%2520el%2520Financiamiento%2520del%2520Desarrollo.pdf&ei=jRxsU5TCNMzhsAT3v4CQAg&usg=AFQjCN>

Ciadi. (2003, enero). *ICSID*. Convenio CIADI, Reglamento y Reglas. Recuperado de: https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc_spa-archive/ICSID_Spanish.pdf

Ciadi. (s.f). *ICSID Cases*. Convenio CIADI. Recuperado de: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>

Comisión de Legislación y Codificación. (29 de noviembre de 2006). *Ley de Arbitraje y Mediación*, Codificación. Quito. Recuperado de http://www.google.com.ec/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCsQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.pge.gob.ec%2Fes%2Fdocumentos%2Fdoc_download%2F93-ley-de-arbitraje-y-mediacion.html&ei=_qtzU_mTOIzMsQTxyIHQDw&usg=AFQjCNGNJmqGYxfJHKZoWNv52hu4zdO3xA&sig2=4

Comisión del Acuerdo de Cartagena. (21 de marzo de 1991). Decisión 291 de la Comunidad Andina sobre el régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros sobre marcas, patentes, licencias y regalías. Lima: Comunidad Andina.

Comisión Especializada Permanente De Soberanía, Integración, Relaciones Internacionales y Seguridad Integral. (8 de julio de 2013). Oficio No.275 - CSIRISI-FB-2013. *Informe de Comisión sobre el pedido de aprobación de la denuncia del "Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República del Ecuador"*. Quito, Pichincha, Ecuador: Asamblea Nacional.

Correa Delgado, R. (22 de diciembre de 2010). Decreto Ejecutivo No. 591. *Reforma a la denuncia del Convenio entre la República del Ecuador y la República de Finlandia sobre Promoción y Protección de Inversiones*. Quito, Ecuador. Recuperado de http://www.google.com.ec/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCsQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.lacamaraquito.com%2Fuploads%2Ftx_documents%2Freformadenunciafinlandia.pdf&ei=

YJhzU67_GOmxxsQS734CwDw&usg=AFQjCNElOg856rpP5H8LWDR
L_UI28GU6Ew&sig2=R6mDIIW-

Corte Constitucional. (29 de julio de 2010). Dictamen N.º 026-10-DTI-CC. *Caso N.001-10-TI*. Quito, Ecuador.

Del Pozo, J. P. (2012). Ejecución de Laudos arbitrales, sus limitaciones en la justicia ordinaria . Quito, Ecuador: Universidad Internacional del Ecuador.

Eberhardt, P., & Olivet, C. (2012). *Cuando la Injusticia es negocio*. Bruselas: Corporate Europe Observatory y Transnational Institute.

ECURED. (2013). Tratado Internacional. *ECURED*. Recuperado de: http://www.ecured.cu/index.php/Tratado_internacional#Negociaci.C3.B3nRatificaci3nhttp://www.ecured.cu/index.php/Tratado_internacional#Negociaci.C3.B3nRatificaci3n

El Telégrafo. (1 de abril de 2013). Ecuador es un imán para las inversiones también. *El Telégrafo*. Recuperado de: <http://www.telegrafo.com.ec/economia/masqmenos/item/ecuador-es-un-iman-para-las-inversiones-tambien.html>

El Telegrafo. (19 de marzo de 2014). La Unasur trabaja en su propio centro de arbitraje. *El Telegrafo*. Recuperado de: <http://www.telegrafo.com.ec/politica/item/la-unasur-trabaja-en-su-propio-centro-de-arbitraje.html>

El Universo. (25 de diciembre de 2013). Entre \$ 1 y \$ 2 millones, presupuesto de Comisión de Auditoría de los Tratados Bilaterales de Inversiones. *El Universo*. Recuperado de: <http://www.eluniverso.com/noticias/2013/12/25/nota/1956446/1-2-millones-presupuesto-caitisa>

Fierro Carrión , L. (2013). El Ecuador recibe menos inversión extranjera que Haití. *Gestión*, pp. 31-41.

Garcés Del Pozo, A. C. (agosto de 2011). El alcance de la prohibición del artículo 422 de la Constitución como mecanismo para blindar al Estado del Arbitraje Internacional. Quito: Universidad San Francisco de Quito. Recuperado de <http://repositorio.usfq.edu.ec/handle/23000/1214>

Garcés, F. (3 de mayo de 2012). Ecuador es el penúltimo país de Sudamérica para la inversión extranjera. *Poderes*. Recuperado de: <http://poderes.com.ec/2012/ecuador-es-el-penultimo-pais-de-sudamerica-para-la-inversion-extranjera/>

Gavilanes Herrera, A. L. (diciembre de 2011). “EL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA PRODUCCIÓN, COMERCIO E INVERSIONES: MECANISMOS DE INCENTIVO FISCAL PARA EL FOMENTO DE LAS

EXPORTACIONES 2010-2011". *Universidad de Guayaquil*. Recuperado de:

<http://www.google.com.ec/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=9&ved=0CFgQFjAI&url=http%3A%2F%2F repositorio.ug.edu.ec%2Fbitstream%2F redug%2F2049%2F1%2FGavilanez%2520Herrera%2520Angely%2520Lisette.pdf&ei=PQpsU53eJquzsAT57YHQDg&usg=AFQjCNHUtQgu12Pf q3B3-Oj>

Glas Espinel, J., Pastor, W., Albornoz, E., Guerrero, J., & Solis, W. (enero de 2012). Catálogo de Inversión para Proyectos Estratégicos . Quito, Ecuador: Ministerio de Coordinación de los Sectores Estratégicos.

Granato, L. (01 de marzo de 2005). *Protección del Inversor extranjero y arbitraje internacional en los Tratados Bilaterales de Inversión*.

Hasenclever, A., Mayer, P., & Rittberger, V. (s.f.). Foro Internacional: Las teorías de los regímenes internacionales: situación actual y propuestas para una síntesis. *Jstor*. Recuperado de: <http://www.jstor.org/discover/10.2307/27738961?uid=3737912&uid=2&uid=4&sid=21101855604611>

Delos, J.T. (1994). Los fines del Derecho: Bien Común, Seguridad, Justicia. En Lefur, Delos, Radbrugh, & Carlyle, *Los fines del derecho: bien común, justicia, seguridad* (pág. 47). México D.F: Universidad Nacional Autónoma de México.

Jijón Letort, R. (2013). *Los Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) del Ecuador: Consecuencias de la Denuncia*. Recuperado de <http://www.ecamcham.com/download/cam/TBIs%20DEL%20ECUADOR%20CONSECUENCIAS%20DE%20LA%20DENUNCIA%20RJ.pdf>

Keohane, R. (2003, noviembre 29). The Demand for International Regimes. *Jstor*. Recuperado de: http://pendientedemigracion.ucm.es/info/sdrelint/ficheros_materiales/materiales037.pdf

Ministerio Coordinador De Producción, Empleo y Competitividad. (s.f.). Contrato de Inversión. *Ministerio Coordinador De Producción, Empleo y Competitividad*. Recuperado de: <http://www.produccion.gob.ec/contrato-de-inversion/>

Ministerio De Coordinación De La Producción, Empleo y Competitividad. (febrero de 2011). Ecuador el país para la inversión inteligente. *PRO ECUADOR*.

OCDE. (2008). *Definición Marco de Inversión Extranjera Directa*. Paris: OCDE. Recuperado de: www.oecd.org/daf/inv/investmentstatisticsandanalysis/46226782.pdf

- Pérez, Bustamante & Ponce. (2013). Tratados Bilaterales de Inversión. *Cuadro vigencia Tratados Bilaterales de Inversión*. Quito, Ecuador: Estudio Jurídico Perez Bustamante & Ponce .
- PRO ECUADOR. (s.f.). Reglas e incentivos para la inversión. *PRO ECUADOR*. Recuperado de: <http://www.proecuador.gob.ec/invierta-en-ecuador/porque-invertir-en-ecuador/reglas-claras-e-incentivos-para-la-inversion/>
- Ramírez, C. E., & Florez, L. (2006). *Apuntes de Inversión Extranjera Directa: Definiciones, Tipología y casos de aplicación colombianos*. Cali: Departamento de Economía-Universidad ICESI. Recuperado de <https://www.icesi.edu.co/departamentos/economia/.../docs/Apecon8.pdf>
- Riofrío, M. (2011). El arbitraje internacional como método para resolver conflictos entre Estado e inversionistas en la nueva Constitución: inconsistencias del artículo 422 . En A. E. Derecho, *Ruptura N.52*, pp. 147-164. Quito: Cevallos.
- Rodriguez Barros, M. A., & Rodriguez Vargas, J. P. (2001). Acuerdos Bilaterales para la protección de la inversión extranjera en países subdesarrollados - El caso colombiano. Bogotá, Colombia.
- Rumbea Dueñas, J. (16 de septiembre de 2010). Ecuador emprende retirada de los TBIs. *PODERES*. Recuperado de: <http://poderes.com.ec/2010/ecuador-emprende-retirada-de-los-tbi-s/>
- Senplades. (s.f.). Planificación de la inversión. *Plan Nacional para el Buen Vivir*. Recuperado de: <http://plan.senplades.gob.ec/planificacion-de-la-inversion>
- The London Court of International Arbitration. (1998). History of the LCIA. *The London Court of International Arbitration*. Recuperado de: http://www.lcia.org/LCIA/Our_History.aspx
- Villavicencio, M. (2010). *dspace.udla.edu.ec*. Recuperado el febrero de 2014, de Arbitraje Comercial Internacional de una Persona Natural o Jurídica Extranjera en contra del Estado ecuatoriano: <http://dspace.udla.edu.ec/bitstream/33000/1270/1/UDLA-EC-TAB-2010-11.pdf>
- Zambrano, J. (17 de abril de 2013). 11 contratos de inversión se firman durante primer semestre de 2013. *PODERES*. Recuperado de: <http://poderes.com.ec/2013/11-contratos-de-inversion-se-firman-durante-primer-semestre-de-2013/>